

**Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers
unter besonderer Berücksichtigung
der Weiterbeschäftigungspflicht des § 102
Abs. 5 Satz 1 BetrVG**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von
Assessor Helmut Rau
aus Mainz

1979

**Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers
unter besonderer Berücksichtigung
der Weiterbeschäftigungspflicht des § 102
Abs. 5 Satz 1 BetrVG**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz



vorgelegt von
Assessor Helmut Rau
aus Mainz

1979



Erstberichterstatter : Prof. Dr. jur. Alfons Kraft
Zweitberichterstatter : Prof. Dr. jur. Peter Kreutz
Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 1979

Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers unter besonderer Berücksichtigung der Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

Erster Teil

Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers

A. Begriffsbestimmungen

I. Definition	1
II. Abgrenzung	2
1. Recht auf Arbeit	
2. Beschäftigungspflicht bei besonderen Berufsgruppen	4
a. Künstler	
b. Wissenschaftliche Berufe	5
c. Gesetzlich geregelte Fälle der Beschäftigungspflicht	
aa. Schwerbehindertenrecht	6
bb. Ausbildungsverhältnisse	8
cc. Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 Abs. 5 BetrVG	9
d. Weitere Sonderfälle	11

B. Historische Entwicklung der allgemeinen

Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers 12

I. Rechtsprechung und Literatur bis 1945	
1. Zeit vor 1900	
2. 1900 bis 1933	13
3. 1933 bis 1945	15
II. Rechtsprechung und Literatur bis 1955	18
1. Ablehnung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht	
2. Die Entscheidung des BGH vom 12.11.1952	19
3. Bejahung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht	21

<u>C. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts</u>	23
I. BAG-Urteil vom 10.11.1955	
II. Weitere Entscheidungen des BAG zur Beschäftigungspflicht	26
III. Kritik an der Rechtsprechung des BAG	29
1. Drittwirkung der Grundrechte	30
2. Arbeitsvertrag und Art. 1 und 2 GG	32
3. Praktische Überlegungen	35
IV. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte	37
<u>D. Die neuere arbeitsrechtliche Literatur</u>	39
I. Bejahende Stimmen zur allgemeinen Beschäftigungspflicht	
1. Die wichtigsten Meinungen aus der Literatur	
2. Kritische Stellungnahme	45
II. Ablehnende Meinungen zur allgemeinen Beschäftigungspflicht	48
1. Die wichtigsten Stimmen aus der Literatur	
2. Kritische Stellungnahme	
III. Zusammenfassung	54
<u>E. Rechtsdogmatische Grundlage der Beschäftigungspflicht</u>	57
I. Bedeutung der Begriffe "personenrechtlicher Austauschvertrag" und "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" für die allgemeine Beschäftigungspflicht	58
1. Der Arbeitsvertrag als personenrechtlicher Austauschvertrag	
2. Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis	62
II. Die Fürsorgepflicht als arbeitsrechtliche Anspruchsgrundlage	67
1. Fürsorgepflicht als Ausprägung des § 242 BGB	
2. Fürsorgepflicht als ergänzende Rechtsgrundlage	68

3. Fürsorgepflicht in der Systematik des BGB	70
4. Notwendigkeit einer Konkretisierung der Fürsorgepflicht	72
III. Die Interessenabwägung als Mittel der Konkretisierung der Fürsorgepflicht	73
1. Das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers	74
2. Beschäftigung bei kurzzeitigen oder auslaufenden Arbeitsverhältnissen	75
3. Nichtbeschäftigung aus Gründen, die in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegen	79
4. Nichtbeschäftigung aus betrieblichen Gründen	81
IV. Dogmatische Konsequenzen der Einzelfallbetrachtung	84
 <u>F. Zusammenfassung</u>	
 <u>Zweiter Teil</u>	
<u>Die Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102</u>	
<u>Abs. 5 Satz 1 BetrVG</u>	
 <u>A. Die Vorschrift des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG</u>	
I. Charakterisierung der Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 BetrVG	88
II. Ausdehnung der Weiterbeschäftigungspflicht über den eigentlichen Anwendungsbereich des § 102 Abs. 5 BetrVG hinaus	89
III. Eingrenzung der Erörterung der Weiterbeschäftigungspflicht	91
 <u>B. Geschichtliche Entwicklung der Weiterbeschäftigungspflicht</u>	
I. Betriebsrätegesetz 1920	
1. Kündigung von Arbeitnehmern gem. §§ 84 ff. BRG	
2. Kündigung von Mitgliedern der Betriebsvertretung	95

II. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)	97
III. Hessisches Betriebsrätegesetz	98
IV. Betriebsverfassungsgesetz 1952	99
1. Personelles Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Entlassungen	
2. Das Verhältnis zwischen BetrVG 1952 und dem Kündigungsschutzgesetz 1951	100
V. Entstehung des § 102 Abs. 5 BetrVG	103
1. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen und sozialen Angelegenheiten	
2. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kündigungen nach dem Regierungsentwurf	104
3. Aufnahme des heutigen § 102 Abs. 5 BetrVG in das neue Gesetz	105

<u>C. Inhalt und Umfang der Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG</u>	107
I. Rechtsprechung und Literatur zur Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG	
1. Sicherung der Lohnfortzahlung während des Kündigungsschutzprozesses	
2. Verpflichtung zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers	110
3. Vermittelnde Ansichten zu § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG	112

II. Stellungnahme	113
1. Inhalt der Weiterbeschäftigungspflicht	
a. Wortlaut	114
b. Entstehungsgeschichte	
c. Rechtssystematische Auslegung	116
d. Sinn und Zweck	118
2. Umfang der Weiterbeschäftigungspflicht	123
a. Die Regelung des § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG	124
b. Einschränkende Auffassungen der Literatur und Rechtsprechung	127
c. Entscheidung für eine sorgfältige Interessenabwägung	130
3. Zusammenfassung	136
 D. <u>Der Rechtscharakter des Weiterbeschäftigungsverhältnisses</u>	137
I. Mindermeinungen	138
1. Hinausschieben der Kündigungsfrist bei Weiterbestehen des bisherigen Arbeitsverhältnisses	
2. Faktisches Arbeitsverhältnis	139
II. Die herrschende Meinung	140
 E. <u>Das Verhältnis zwischen Weiterbeschäftigungspflicht (§ 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG) und allgemeiner Beschäftigungspflicht</u>	143
I. Bestätigung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs durch Schaffung des § 102 Abs. 5 BetrVG ?	
1. Rückgriff auf die Materialien	144
2. § 102 Abs. 5 BetrVG als Norm des kollektiven Arbeitsrechts	145
3. § 615 BGB als gemeinsames Indiz	146
4. § 102 BetrVG als Verbesserung des Kündigungsschutzes	148
5. Wegfall eines funktionsgerechten Beschäftigungsanspruchs	149

II. § 1o2 Abs. 5 BetrVG als Ausnahme- regelung	151
---	-----

<u>F. Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist außerhalb der Vorschrift des § 1o2 Abs. 5 BetrVG</u>	155
--	-----

I. Ausdehnende Anwendung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG	
1. Erweiternde Auslegung	156
a. Entbehrlichkeit des Widerspruchs des Betriebsrats ?	
b. Erweiterung der Widerspruchs- gründe ?	158
2. Analoge Anwendung	159

II. Weiterbeschäftigungsanspruch neben § 1o2 Abs. 5 BetrVG	16o
---	-----

1. Überblick	
a. Die Rechtsprechung des Bundes- arbeitsgerichts	161
b. Die Auffassung der Gegenmeinung	162
c. Aussicht auf eine grundsätzliche Klärung durch das BAG	164
2. Überlegungen zur Frage des allge- meinen Weiterbeschäftigungsanspruchs	165
a. Entwertung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG	166
b. Erschwerung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers	168

<u>G. Zusammenfassung</u>	17o
---------------------------	-----

Bewer	Das Recht auf Beschäftigung NZfA 1921 Sp. 29
Bieback	Der besondere Kündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern und ihre Rechtsstellung während des Kündigungsverfahrens AuR 1977, 321
Blank	Widerspruch des Betriebsrats bei der Verhaltenskündigung ? BB 1972, 536
Bleistein	Betriebsverfassung in der Praxis 2. Aufl. Bonn 1974
"	Kommentar zum Betriebsverfassungs- gesetz 3. Aufl. Bonn 1977
"	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 2. Aufl. Berlin 1978 zit.: Bleistein (Kündigung)
Blomeyer	Die rechtliche Bewertung des Betriebs- friedens im Individualarbeits- und Betriebsverfassungsrecht ZfA 1972, 85
Bobrowski	Das Arbeitsrecht 2. Aufl. Heidenheim 1954
Bobrowski-Gaul	Das Arbeitsrecht im Betrieb 6. Aufl. Heidelberg 1970
Böhm	Die Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG BB 1974, 1641
Böttcher	Vertragstheorie und Eingliederungs- theorie RdA 1955, 321
Boewer	Zum Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 102 BetrVG bei verhaltens- bedingten Kündigungsgründen DB 1978, 251
Bohn/Dutti	Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1. 1972 i.d.F. vom 18.1.1974 und Wahl- ordnung vom 16.1.1972 nebst Erläu- terungen für die betriebliche Praxis 2. Aufl. Köln 1974

- Borrmann** Die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG DB 1975, 882
- Braasch** Der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung BB 1976, 319
- Brecht** Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung Herne/Berlin 1972
- Brede** Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Lichte des neuen Betriebsverfassungsgesetzes B1StSozArbR 1973, 17
- Brentano** Das Arbeitsverhältnis gem. dem heutigen Recht Leipzig 1877
- Brox** Grundbegriffe des Arbeitsrechts 3. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1972
- Buchner** Anmerkung zu BAG 26.5.1977 - 2 AZR 632/76 - in AR-Blattei D "Beschäftigungspflicht" zu Entscheidung Nr.6
- Bulla-Buchner** Mutterschutzgesetz 4. Aufl. München 1976
- Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung - Referat Presse und Öffentlichkeitsarbeit** Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht Bonn 1977
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände** Stellungnahme zum Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission für ein Arbeitsgesetzbuch - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht Köln 1977
- Caharis** Tarifdispositive Normen und richterliche Rechtsfortbildung in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz 1973
- Citron-Hessel** Grundlage des Einzelarbeitsrechts Lahr 1949

- Crome System des Deutschen Bürgerlichen
Rechts
II. Band Recht der Schuldverhält-
nisse
Tübingen/Leipzig 1902
- Dietz Betriebsverfassungsgesetz
1. Aufl. München/Berlin 1953
3. Aufl. München/Berlin 1960
4. Aufl. München/Berlin 1967
- Dietz-Richardi Betriebsverfassungsgesetz
5. Aufl. München 1973
- Dudzus/Frohner Weiterbeschäftigungsanspruch und
"nicht zu ersetzender Nachteil" im
Sinne des § 62 Arbeitsgerichtsgesetz
BB 1979, 482 f.
- Dütz Einstweiliger Rechts- und Interessen-
schutz in der Betriebsverfassung
ZfA 1972, 247
- " Verfahrensrecht der Betriebsver-
fassung
AuR 1973, 353
- End Die Beteiligungsrechte des Betriebs-
rats bei der Einstellung und Ent-
lassung von Arbeitnehmern
Dissertation Würzburg 1974
- Engler Kommentar zum Betriebsrätegesetz
für das Land Hessen
Offenbach-Bad Homburg 1949
- Enneccerus-Lehmann Bürgerliches Gesetzbuch - Recht der
Schuldverhältnisse
15. Aufl. Tübingen 1958
- Erdmann Das Betriebsverfassungsgesetz vom
11.10.1952 mit ausführlichen Erläu-
terungen für die Betriebspraxis
Neuwied 1952
- Erdmann/Jürging/
Kammann Betriebsverfassungsgesetz
Neuwied und Berlin 1972
- Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1
4. Aufl. Münster 1967
6. Aufl. Münster 1975
- Etzel Betriebsverfassungsrecht - Eine
systematische Darstellung
Neuwied/Darmstadt 1977
zit.: Etzel (Darstellung)

Etzel	Die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1972 Kassel 1974
Fabricius	Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis Tübingen 1970 zit.: Fabricius (Leistungsstörungen)
"	Kollision von Beschäftigungspflichten aus Doppelarbeitsverhältnissen ZfA 1972, 35
Fabricius/Kraft/ Thiele/Wiese	Betriebsverfassungsgesetz Neuwied/Berlin 1975 zit.: Kraft GK-BetrVG
Farthmann	Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses RdA 1960, 5
Fechner	Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat Tübingen 1953
Feichtinger	Neueste Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz Kissing 1977
Fikentscher	Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 4 1977
Finkelnstein	Das Recht des Bühnen- und Filmschauspielers auf Beschäftigung Weimar 1930
Fitting-Auffarth- Kaiser	Betriebsverfassungsgesetz 12. Aufl. München 1977
Fitting-Kraegeloh	Betriebsverfassungsgesetz Berlin/Frankfurt 1952
Fitting-Kraegeloh- Auffarth	Betriebsverfassungsgesetz 8. Aufl. Berlin-Frankfurt 1968
Flatow	Betriebsrätegesetz 10. Aufl. Berlin 1922
Forell	Die Auswirkungen des § 2 Abs. 2 AOG auf die privatrechtlichen Ansprüche der Beschäftigten Dissertation München 1938

- Franke Das Recht auf Beschäftigung
Dissertation Jena 1923
- " Das Recht auf Arbeit und das
Recht auf Beschäftigung
NZfA 1924 Sp. 547
- Frauenkron Betriebsverfassungsgesetz mit
Wahlordnung
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1972
- Frey Anmerkung zu BAG 10.11.1955 - 2 AZR
591/54 - AuR 1957, 217
- " Schadensersatzpflicht des Arbeit-
gebers wegen Verletzung arbeits-
verhältnisrechtlicher Vorschriften
BB 1959, 528
- Fuchs Zur vorläufigen Weiterbeschäftigung
des Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 5
BetrVG
AuR 1973, 174
- Galperin Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 -
Leitfaden für die Praxis
Heidelberg 1972
zit.: Galperin (Leitfaden)
- " Gleicher Lohn für Männer und Frauen
JZ 1956, 105
- " Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz
Heidelberg 1953
- " Der Regierungsentwurf eines neuen
Betriebsverfassungsgesetzes - eine
kritische Analyse
Düsseldorf 1971
zit.: Galperin (Regierungsentwurf)
- Galperin/Löwisch Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz
5. Aufl. Heidelberg 1976
- Galperin/Siebert Betriebsverfassungsgesetz
4. Aufl. Heidelberg 1963
- Gamillscheg Die Grundrechte im Arbeitsrecht
AcP 164, 385
- Gesellschaftspoli- Synopsis zum Betriebsverfassungs-
tischer Informations- gesetz
dienst 2. Aufl. 1972
zit.: Synopsis

Gester/Zachert	Betriebsverfassungsrechtliche Elemente des allgemeinen Kündigungsschutzes in: Das Arbeitsrecht der Gegen- wart Bd. 12 S. 87
v. Gierke	Deutsches Privatrecht Bd. III: Schuldrecht München/Berlin/Leipzig 1917
Gnade-Kehrmann-Schneider	Betriebsverfassungsgesetz Köln 1972
Goerrig	Das Arbeitsrecht des neuen Deutschland 1920
Göttling-Hoentges-Zepp	Fragen zur Kündigung nach dem BetrVG 1972 RdA 1972, 282
Grub	Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers in: AR-Blattei D "Beschäftigungs- pflicht des Arbeitgebers"
Grunsky	Der Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Beschäftigung NJW 1979, 86
Güntner	Der Bestandsschutz des Arbeitsver- hältnisses und seine Rechtsver- wirklichung AuR 1974, 97
Gumpert	Freistellung von Arbeitnehmern von der Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist BB 1961, 833
"	Kündigung und Mitbestimmung BB 1972, 47
Hacker	Die allgemeine Beschäftigungspflicht Dissertation Marburg 1956
Halberstadt-Zander	Handbuch des Betriebsverfassungs- rechts 2. Aufl. Köln-Marienburg 1972
Hamburger	Der bühnenrechtliche Anspruch auf Beschäftigung Dissertation Greifswald 1920
Hamann-Lenz	Das Grundgesetz für die Bundes- republik Deutschland vom 23.5.1949 3. Aufl. Neuwied/Berlin 1970

Hanau	Praktische Fragen zur Neuregelung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten BB 1972, 451
Hanau-Adomeit	Arbeitsrecht 4. Aufl. Frankfurt 1976
Hedderich	Der Anspruch auf Beschäftigung Dissertation Mannheim 1958
Helkenberg	Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 102 Abs. 5 BetrVG Dissertation Bochum 1976
Herschel	Arbeitsrecht 1923
Herschel-Steinmann	Kündigungsschutzgesetz 5. Aufl. Heidelberg 1961
Heß	Die Kündigung in der Betriebsver- fassung Dissertation Würzburg 1975
Hinz	Die einstweilige Verfügung nach § 102 Abs. 5 BetrVG - eine Entschei- dung im Urteils- oder Beschlußver- fahren ? BB 1974, 1253
Hoechst	Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei der Kündigung AuR 1973, 328
Hubmann	Das Persönlichkeitsrecht Münster/Köln 1955
Hübner	Grundzüge des Deutschen Privatrechts 4. Aufl. Leipzig/Erlangen 1922
Hueck	Anmerkung zu BAG 10.11.1955 - 2 AZR 591/54 - AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"
"	Anmerkung zu BGH 12.11.1952 in RdA 1953, 117
"	Deutsches Arbeitsrecht 2. Aufl. Berlin 1944
"	Kündigungsschutzgesetz 4. Aufl. München/Berlin 1961
"	Klage und Urteil im Kündigungsstreit in: Fest schrift für H.C. Nipperdey zum 60. Geburtstag München u. Berlin 1955, 99

Hueck/Hueck	Kündigungsschutzgesetz 9. Aufl. München 1974
Hueck-Nipperdey	Grundriß des Arbeitsrechts 5. Aufl. Berlin/Frankfurt 1970
"	Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I Berlin/Frankfurt 1928 Bd. I 6. Aufl. Berlin/Frankfurt 1959 Bd. I 7. Aufl. Berlin/Frankfurt 1963
Hueck-Nipperdey- Dietz	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit 1. Aufl. München/Berlin 1934 3. Aufl. München/Berlin 1939
Immenkötter	Das allgemeine Recht auf Beschäftigung, insbesondere die rechtlichen Folgen der Verletzung dieses Rechts durch den Arbeitgeber Dissertation Köln 1968
Ipsen	Berufsausbildungsrecht für Handel, Gewerbe und Industrie Tübingen 1967
Isele	Das suspendierte Arbeitsverhältnis in: Festschrift für Erich Molitor 1962, 107
Jacobi	Grundlehren des Arbeitsrechts Leipzig 1927
Jobs	Die Bedenken Otto von Gierkes für die Kennzeichnung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschafts- verhältnis ZfA 1972, 305
Jung-Cramer	Das neue Schwerbehindertenrecht München 1974
Kaskel	Arbeitsrecht 1. Aufl. Berlin 1924 2. Aufl. Berlin 1925 3. Aufl. Berlin 1928
"	Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen NZfA 1922, 1
Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht 5. Aufl. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1957
Kaessler	Der Beschäftigungsanspruch des Bühnen- künstlers RdA 1953, 309

- Kallmeyer Änderungskündigung und Mitbestimmung
 des Betriebsrats
 DB 1973, 970
- Kempff Weiterbeschäftigungsanspruch des
 gekündigten Arbeitnehmers ohne
 Widerspruch des Betriebsrats ?
 DB 1976, 2111
- Kitzelmann Die ordentliche (fristgemäße) Kündi-
 gung und die Anhörung des Betriebsrats
 BUV 1971, 29
- " Die Mitwirkung des Betriebsrats bei
 Kündigungen nach dem neuen Betriebs-
 verfassungsgesetz
 BUV 1972, 209
- Körnig/Reinecke Anmerkung zu BAG 26.5.1977 - 2 AZR
 632/76 - AuR 1978, 158
- " Materiellrechtliche und vollstreckungs-
 rechtliche Probleme des Beschäftigungs-
 anspruchs während des Kündigungsschutz-
 prozesses
 AuR 1978, 193 (Teil I)
 AuR 1978, 233 (Teil II)
- Kraft Anmerkung zu BAG 20.10.1977 - 2 AZR
 770/76 - SAE 1979, 20
- " Beschäftigungsanspruch und Weiter-
 beschäftigungsanspruch
 ZfA 1979, 123
- Kreutz Anmerkung zu BAG 15.6.1972 - 2 AZR
 345/71 - SAE 1973, 165
- Küchenhoff Betriebsverfassungsgesetz
 2. Aufl. Münster 1974
- " Faktische Vertragsverhältnisse und
 faktische Arbeitsverhältnisse
 RdA 1958, 121
- Küster Einstweilige Verfügungen im
 Beschlußverfahren
 DB 1972, 631
- Laubscher Die rechtliche Stellung des Volontärs
 Dissertation Mannheim 1958
- Leibholz-Rinck Grundgesetz
 4. Aufl. Köln 1971
- Leisner Grundrechte und Privatrecht
 Habilitationsschrift
 München 1960

- Lepke Der Anspruch auf Beschäftigung
Dissertation Berlin 1966
- " Der Beschäftigungsanspruch in kurz-
fristigen und auslaufenden Arbeits-
verhältnissen
AuR 1968, 78
- " Zur Beschäftigungspflicht des
Betriebsratsmitglieds
DB 1967, 2161
- " Zum Inhalt der sog. Weiterbeschäfti-
gungspflicht nach § 102 Abs. 5
Satz 1 BetrVG 1972
DB 1975, 498
- " Zum Problem einer allgemeinen
Beschäftigungspflicht
DB 1971, 478
- Löwisch Die Verknüpfung von Kündigungsschutz
und Betriebsverfassung nach dem
BetrVG 1972
DB 1975, 349
- " Die Weiterbeschäftigung des Arbeit-
nehmers während des Kündigungs-
rechtsstreits
Beil. Nr. 7 zu DB 1978
- Lotmar Der Arbeitsvertrag nach dem Privat-
recht des deutschen Reiches
Bd. II Leipzig 1902
- Mager-Wisskirchen Betriebsverfassungsgesetz vom
15.1.1972
Bergisch-Gladbach 1972
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz
Bd. I 2. Aufl. Berlin/Frankfurt 1966
- Mansfeld Vom Arbeitsverhältnis
ZaFDR 1935, 906
- " Betriebsrätegesetz
3. Aufl. Mannheim/Berlin/Leipzig 1930
- Mansfeld/Pohl/Stein- Die Ordnung der nationalen Arbeit
mann/Krause Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934
- Marcus Die einstweilige Verfügung auf
Weiterbeschäftigung während des
Kündigungsschutzprozesses
RdA 1975, 340

- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz
München 1977
- Maus Das deutsche Arbeits- und Sozial-
recht - Das Arbeitsverhältnis (Bd.I)
Bremerhaven 1948
- " Handbuch des Arbeitsrechts
Loseblattsammlung, Baden-Baden
- Mavridis Eingliederungstheorie, Vertrags-
theorie und Gemeinschaftsverhältnis
RdA 1956, 444
- Mayer-Maly Anmerkung zu BAG 19.8.1976 - 3 AZR
173/75 - SAE 1978, 66
- Meisel Die Anhörung des Betriebsrats vor
einer ordentlichen Kündigung nach
dem neuen Betriebsverfassungsgesetz
DB 1972, 1675
- " Die Mitwirkung und Mitbestimmung
des Betriebsrats in personellen
Angelegenheiten
4. Aufl. Heidelberg 1974
- Migsch Die absolut geschützte Rechtsstellung
des Arbeitnehmers im Rahmen der
Betriebsverfassung
München/Salzburg 1972
- Mitteis-Lieberich Deutsches Privatrecht
7. Aufl. München 1976
- Molitor, Bernhard Der Anspruch auf Beschäftigung im
Rahmen des Arbeitsvertrages
Dissertation München 1955
- Molitor, Erich Anmerkung zu LAG Bayern 17.2.1954 -
AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Beschäftigungs-
pflicht"
- " Das Recht auf Arbeit
in: Deutsche Landesreferate zum
III. Internationalen Kongreß für
Rechtsvergleichung in London
Berlin/Tübingen 1950, 731
- " Die rechtliche Sicherung des Anspruchs
auf Beschäftigung
in: Deutsche Landesreferate zum
IV. Internationalen Kongreß für
Rechtsvergleichung in Hamburg
Hamburg 1962

- Monjau Gesetz über die Beschäftigung Schwer-
 beschädigter (Schwerbeschädigten-
 gesetz)
 Münster 1954
- Müller Der Gedanke des sozialen Staates
 in der bisherigen Rechtsprechung
 des Bundesarbeitsgerichts
 DB 1965, 525
- v. Münch-Gubelt Grundgesetz
 Bd. I Frankfurt 1974
- Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürger-
 lichen Gesetzbuch für das Deutsche
 Reich
 II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse
 Berlin 1899
- Natzel Das Berufsausbildungsverhältnis
 2. Aufl. Düsseldorf 1974
- Neubert-Becker Schwerbehindertengesetz
 1974
- Niederalt Die Individualrechte des Arbeit-
 nehmers nach dem Betriebsverfassungs-
 gesetz (§§ 75, 81 ff.)
 München 1978
- Nikisch Arbeitsrecht
 Bd. I 2. Aufl. Tübingen 1955
 Bd. I 3. Aufl. Tübingen 1961
- " Dienstpflicht und Arbeitspflicht
 in: Festschrift für H.C. Nipperdey
 zum 60. Geburtstag
 München und Berlin 1955
- Notter Die Sicherung des Rechts auf den
 Arbeitsplatz
 DB 1976, 772
- Oertmann Deutsches Arbeitsvertragsrecht
 Berlin 1923
- " Recht der Schuldverhältnisse
 4. Aufl. Berlin 1910
- Opet Deutsches Theaterrecht
 Berlin 1897
- Otto Der vorläufige Bestandsschutz des
 Arbeitsverhältnisses
 RdA 1975, 68

Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl. München/Berlin 1940 8. Aufl. München/Berlin 1950 9. Aufl. München/Berlin 1951 10. Aufl. München/Berlin 1952 20. Aufl. München/Berlin 1961 23. Aufl. München/Berlin 1964 27. Aufl. München 1968 36. Aufl. München 1977 38. Aufl. München 1979
Planck	Bürgerliches Gesetzbuch Bd. II Recht der Schuldverhältnisse Berlin 1907
Planitz	Deutsches Privatrecht 3. Aufl. Wien 1948
Pieper	Anmerkung zu BAG 10.11.1955 - 2 AZR 591/54 - SAE 1956, 145
Presse- und Informationszentrum des Deutschen Bundestages	Betriebsverfassungsgesetz Heft 1/72 "Zur Sache" zit.: "Zur Sache"
Raatz	Personalleitung und Betriebsverfassung DB 1972 Beilage Nr. 1
Ramm	Buchbesprechung zu: Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschafts- verhältnis, Karlsruhe 1966 JZ 1968, 479
Reitmeier	Entwicklung, rechtliche Natur, Umfang und Rechtsgrundlagen der Beschäfti- gungspflicht im Arbeitsverhältnis Dissertation München 1957
Reuter	Anmerkung zu BAG 26.5.1977 - 2 AZR 632/76 - SAE 1978, 248
"	Das Recht auf Arbeit - ein Prinzip des Arbeitsrechts ? RdA 1978, 344
Rewolle	Änderungskündigung und Mitbestimmung des Betriebsrats DB 1973, 185
"	Schwerbehindertengesetz Kempfenhausen/Starnberg 1977

- Schlochauer Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der ordentlichen Kündigung nach § 102 BetrVG 1972
RdA 1973, 157
- Schmaltz Die Entlassung
4. Aufl. Hamburg 1950
- Schmidt Prozessuale Fragen des Kündigungsschutzes
AR-Blattei D "Kündigungsschutz III"
G I
- Schmidt-Bleibtreu-Klein Kommentar zum Grundgesetz
3. Aufl. Neuwied u. Berlin 1973
- Schniedermann Das Recht auf tatsächliche Beschäftigung
Dissertation Köln 1960
- Schnorr v. Carolsfeld Arbeitsrecht
2. Aufl. Göttingen 1954
- Schwerdtner Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen
Heidelberg 1970
- " Die Garantie des Rechts auf Arbeit - ein Weg zur Knechtschaft ?
ZfA 1977, 47
- v. Schwerin Grundzüge des deutschen Privatrechts
2. Aufl. Berlin/Leipzig 1928
- Siebert, Gerd Betriebsverfassungsgesetz '72
Frankfurt 1972
- Siebert, Wolfgang Anmerkung zu RAG 15.9.1937 - RAG 87/37 - JW 1938, 66
- " Einige Grundgedanken des gegenwärtigen Arbeitsrechts
RdA 1956, 13
- Sigel Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch
Stuttgart 1903
- Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts
2. Aufl. Jena 1927

- Sitzler Fürsorgepflicht des Arbeitgebers
in: AR-Blattei D "Fürsorgepflicht
des Arbeitgebers"
- Söllner Arbeitsrecht
4. Aufl. Stuttgart 1974
5. Aufl. Stuttgart 1975
- " Buchbesprechung zu:
 Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis
 als Austausch- und Gemeinschafts-
 verhältnis, Karlsruhe 1966
 AuR 1968, 242
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch
Bd. 3 Schuldrecht II (§§ 611 - 853)
10. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/
Mainz 1969
- Stahlhacke Das personelle Mitbestimmungsrecht
des Betriebsrats nach dem Betriebs-
verfassungsgesetz 1972
BlStSozArBR 1972, 51
- Stanzl Die Rechtsprechung des Österrei-
chischen Obersten Gerichtshofes
zum Arbeitsrecht im Jahre 1954
RdA 1955, 274
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch
14. Aufl. Berlin/Leipzig 1932
- Staudinger Bürgerliches Gesetzbuch
II. Bd. 3. Teil Schuldverhältnisse
10. Aufl. München/Berlin 1939
11. Aufl. Berlin 1958
- Stecher Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht
RdA 1961, 261
- Stege Versetzungen und Umsetzungen des
Arbeitnehmers
DB 1975, 1506
- Stege/Weinspach Betriebsverfassungsgesetz
Handbuch für die betriebliche Praxis
3. Aufl. Köln 1978
- Treichel Praktisches Handbuch zum Betriebs-
verfassungsgesetz
Göttingen 1953
- Waechter Die Beschäftigungspflicht des
Arbeitgebers
DB 1955, 361

Wagener	Schränkt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein ? BB 1972, 1373
Warneyer	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen Erg.Bd. enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts Leipzig 1910
Wawretzko	Das Recht auf Beschäftigung BlStSozArbR 1949, 83
Weber, Hannsjörg	Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers gem. § 102 Abs. 5 BetrVG BB 1974, 698
Weber, Rolf	Berufsbildungsgesetz Köln 1975 zit.: Weber (BBiG)
"	Scherbehindertengesetz Köln 1977
Wehrle	Der Warencharakter der Arbeit und das heutige Recht Mannheim/Leipzig/Berlin 1925
Wenzel	Die einstweilige Verfügung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach neuem Recht DB 1972, 1290
Wiedemann	Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis Karlsruhe 1966
Wiese	Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ZfA 1971, 273
Wilrodt-Gotzen	Kommentar zum Schwerbeschädigten-gesetz München/Berlin 1953
Wilrodt-Neumann	Schwerbeschädigtengesetz 2. Aufl. München/Berlin 1964 3. Aufl. München 1966
"	Schwerbehindertengesetz 4. Aufl. München 1976

Winter	Das Betriebsverfassungsgesetz - Ein Leitfaden für die Praxis unter Berücksichtigung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977
Wölbling	Akkordvertrag und Tarifvertrag 1908
Wolf	"Treu und Glauben", "Treue" und "Fürsorge" im Arbeitsverhältnis DB 1971, 1863
Zigan	Kommentar zum Schwerbeschädigten- gesetz Heidelberg 1953
Zeiss	Anmerkung zu BAG 13.9.1967 - 4 AZR 337/66 - AP Nr. 3 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"
Zöllner	Arbeitsrecht München 1977
"	Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln ? Gutachten D zum 52. Deutschen Juristentag Wiesbaden 1978 München 1978 zit.: Zöllner (Gutachten)

Abkürzungsverzeichnis:

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AGV	Arbeitgeberverband
ALR	Allgemeines Landrecht
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis - Nachschlagewerk des Bundesarbeits- gerichts
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbG	Arbeitsgericht
arg.	Argument
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
ARSt.	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AZR	Registerzeichen für Revisions- verfahren beim BAG
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeits- gerichts
BB	Betriebs-Berater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.
Beil.	Beilage
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BlfStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRG	Betriebsrätegesetz
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BUV	Betriebs- und Unternehmensverfassung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Ca	Registerzeichen für allgemeine Zivilsachen am Arbeitsgericht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
Fußn.	Fußnote
FR	Frankfurter Rundschau
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt für das Land Hessen
HandwO	Handwerksordnung
HB RG	Betriebsrätegesetz für das Land Hessen
hM	herrschende Meinung

i.d.F.	in der Fassung
IG Metall	Industriegewerkschaft Metall
insbes.	insbesondere
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LS	Leitsatz
Mio.	Millionen
MTV	Manteltarifvertrag
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeits- gerichts
RArbBl.	Reichsarbeitsblatt
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
Rdnrn.	Randnummern
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RS	Rundschreiben
Rspr	Rechtsprechung
S.	Seite
Sa	Registerzeichen für Berufungssachen beim Landesarbeitsgericht

SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwBG	Schwerbehindertengesetz
SchBeschG	Schwerbeschädigtengesetz
SeemG	Seemannsgesetz
Sp.	Spalte
TaBV	Registerzeichen für Beschwerdeverfahren in Beschlusssachen vor dem Landesarbeitsgericht
usw.	und so weiter
v.	von
VHAW	Vereinigung der Hessischen Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände e.V.
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
Warn.Erg.Bd.	Warneyer-Ergänzungs-Band Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
ZAfDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers
unter besonderer Berücksichtigung der
Weiterbeschäftigungspflicht des § 102
Abs. 5 Satz 1 BetrVG

Erster Teil

Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers

Die nachstehenden Ausführungen sollen die rechtliche Problematik der allgemeinen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers aufzeigen. Dabei soll besonderes Gewicht sowohl auf den heutigen Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur als auch auf eine kritische rechtsdogmatische Untersuchung der verschiedenen Konstruktionsmöglichkeiten gelegt werden. Die Auffassung des Verfassers zur Beschäftigungspflicht wird ebenfalls dargestellt werden.

A. Begriffsbestimmungen

I. Definition

Das mit dem Begriff "Beschäftigungspflicht" bezeichnete arbeitsrechtliche Thema betrifft die Frage, ob der Arbeitgeber im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses¹ verpflichtet ist, den Arbeitnehmer entsprechend dem Vertragsinhalt zu beschäftigen².

-
1. Ob der Dienstherr im Rahmen eines reinen Dienstvertrages gem. § 611 BGB die Dienstleistung des Dienstverpflichteten entgegenzunehmen verpflichtet ist, kann hier offen bleiben. Das Dienstverhältnis mit seinem eher vermögensrechtlichen Einschlag kann jedenfalls nicht ohne weiteres genauso behandelt werden wie das Arbeitsverhältnis mit seinem mehr personenrechtlichen Charakter
 2. Palandt-Putzo 38. Aufl. § 611 Anm. 10 a; Grub in AR-Blattei "Beschäftigungspflicht" vor A; Nikisch § 38 I 1, I 2

Eine solche allgemeine Verpflichtung zur Beschäftigung ist in keiner Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder in anderen für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen Gesetzen ausdrücklich vorgesehen³. Rechtsprechung und Literatur, deren Auffassungen im einzelnen noch gewürdigt werden⁴, haben den Begriff einer allgemeinen Beschäftigungspflicht entwickelt, dessen Sinngehalt auf die Feststellung hinausläuft, daß der Arbeitgeber im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages zur Entgegennahme der vereinbarten tatsächlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verpflichtet ist⁵.

Dieser Verpflichtung steht gleichsam als Korrelat ein Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung gegenüber, der auf das "konkrete Tätig-sein-Dürfen"⁶ des Arbeitnehmers gerichtet ist.⁷

II. Abgrenzung

1. Recht auf Arbeit

Ein solcher Anspruch auf Beschäftigung im obengenannten Sinn darf nicht mit dem viel erörterten Recht auf Arbeit verwechselt werden.

Der Anspruch auf Beschäftigung und damit - praktisch als Kehrseite - die Beschäftigungspflicht sind rein zivilrechtlicher Natur und beruhen auf einem schuldrechtlichen Vertrag, dem Einzelarbeitsvertrag⁸.

3. vgl. Fabricius ZfA 1972, 35 ff. (37); Lepke DB 1975, 498 ff. (500); Röhsler DB 1958, 1462

4. vgl. unten Erster Teil B, C und D

5. BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"; Hueck-Nipperdey § 46 III; Molitor (Diss.) S. 69 ff.; Waechter DB 1955, 361

6. Lepke Diss. S. 2

7. Schaub § 110 I 4; Söllner § 28 III 4 a.E.; Kaskel-Dersch § 32 II 2 = S. 201; Immenkötter (Diss.) S. 2 ff.; Bobrowski-Gaul F III Rdnr. 1, 2

8. Hueck-Nipperdey § 46 I

Ganz anders ist die Situation im Hinblick auf das öffentlichrechtliche "Recht auf Arbeit"; dieses richtet sich als verfassungsrechtliche Forderung, die in manchen Verfassungen expressis verbis enthalten ist⁹, gegen die Allgemeinheit, insbesondere gegen den Staat, trägt also öffentlichrechtlichen Charakter und verpflichtet den Staat, nach Möglichkeit für die Beschaffung einer Arbeitsgelegenheit zu sorgen¹⁰.

Der Zweck des Rechts auf Arbeit liegt also darin, dem Arbeitnehmer eine Existenzgrundlage zu verschaffen. Dieses Recht wird deshalb dann befriedigt, wenn dem Arbeitnehmer Gelegenheit geboten wird, ein Arbeitsverhältnis einzugehen¹¹. Darauf, ob der Arbeitnehmer tatsächlich beschäftigt wird, kommt es bei dem Recht auf Arbeit nicht an. Das Verlangen des einzelnen Staatsbürgers auf Beschaffung einer Arbeitsgelegenheit in einem die ausreichende Existenz des Berechtigten sicherstellenden Ausmaß liegt als verfassungsrechtliche Forderung allein im Verfassungsrecht¹²; mit der zivilrechtlichen Problematik einer aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Beschäftigungspflicht hat dies nichts zu tun¹³.

-
9. Art. 163 Weimarer Reichsverfassung v. 11.8. 1919; Art. 166 Abs. 1, 2 der Verfassung des Freistaates Bayern v. 2.12.1946; Art. 28 Abs. 2 der Verfassung des Landes Hessen v. 1.12.1946; Art. 12 Abs. 1 der Verfassung des Landes Berlin v. 1.9.1950; Art. 24 Abs. 1 Satz 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 28.6.1950; Art. 45 Satz 2 der Verfassung des Saarlandes v. 15.12.1947; Art. 53 Abs. 1 der Verfassung des Landes Rheinland-Pfalz vom 18.4.1947
 10. Hedderich (Diss.) S. 2 ff.; Nikisch § 38 I 1 Fn.1; v. Mangoldt-Klein Art. 12 Anm. II 3 b
 11. BAG NJW 1964, 1922; Hamann+Lenz Art. 12 A 2 b a.E.; BVerfGE 16, 286 ff. (297); BVerwGE 8, 170 ff.; v. Münch-Gubelt Art. 12 Anm. 2.3. a.E.; Hueck-Nipperdey § 46 I Fn. 2; Reuter RdA '78, 344 ff.
 12. Maunz-Dürig-Herzog Art. 12 Rdnr. 3, 19
 13. übersehen von LAG Bayern AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht", worauf Molitor in seiner Anmerkung zu diesem Urteil zu Recht hinweist

2. Beschäftigungspflicht bei besonderen Berufsgruppen

Es ist seit jeher anerkannt, daß Angehörige bestimmter Berufsgruppen nach Abschluß des Arbeitsvertrages auch tatsächlich beschäftigt werden müssen. Gleiches gilt bei Arbeitnehmern, die auf Grund persönlicher Umstände einen Anspruch auf Beschäftigung haben¹⁴. Für besonders Schutzbedürftige ist dies auch gesetzlich geregelt¹⁵.

a. Künstler

Es ist ohne weiteres einsichtig, daß die Nichtbeschäftigung z.B. eines Schauspielers, Artisten, Konzertsängers oder Musikers zu einer schweren Gefährdung seiner beruflichen Laufbahn, ja sogar Existenz führen kann; die künstlerische Persönlichkeit muß notwendigerweise verkümmern, falls ihr nicht Gelegenheit zur Entfaltung geboten wird¹⁶.

Rechtlich werden diese Fälle der besonderen Beschäftigungspflicht meist mit zwei Argumenten begründet: Zum einen beinhalte die Natur und Eigenart eines solchen Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§ 242 BGB)¹⁷ eine solche Beschäftigungspflicht; zum anderen sei die tatsächliche Beschäftigung als stillschweigend und damit als von beiden Teilen gewollt anzusehen¹⁸. Wenn man sich die außergewöhnliche

14. Hedderich (Diss.) S. 61 ff. spricht insoweit von einem "besonderen Beschäftigungsanspruch"

15. z.B. Schwerbehinderte (§ 11 Abs. 2 SchwBG); Auszubildende § 6 BBiG (früher: § 127 Abs. 1 GewO; § 76 Abs. 2 HGB; § 22 HandWO)

16. Riepenhausen S. 86 ff.; Finkelnstein S. 50 ff.; Kaessler RdA 1953, 309 ff. mit Einschränkungen (S. 310); Opet S. 174 ff.; Lotmar S. 263; ArbG Karlsruhe ARSt. VIII Nr. 282; v. Gierke Bd. III S. 617 ff.; Hamburger (Diss.) S. 28 ff.

17. ArbG Osnabrück ARSt. VI Nr. 390; Maus S. 223/224; Hueck-Nipperdey § 46 II

18. Hedderich (Diss.) S. 72; Röhler DB 1958, 1462 ff.; Kaskel S. 116; DB 1971, 480

Interessenlage der betreffenden Arbeitnehmer vor Augen führt, ist dieses Ergebnis der absolut herrschenden Meinung¹⁹ nicht zu beanstanden. Lepke²⁰ legt dies mit zahlreichen Nachweisen auch für den Intendanten²¹, Regisseur²² und Kapellmeister²³ dar. Zudem ist gerade für Bühnenkünstler ein Beschäftigungsanspruch schon seit jeher tarifvertraglich festgelegt²⁴. In die Reihe der Künstler läßt sich auch infolge ähnlich gelagerter Interessenlage der Croupier²⁵ einordnen.

b. Wissenschaftliche Berufe

In ähnlicher Weise wäre es gleichsam existenzvernichtend, einem Arzt²⁶, Hochschullehrer oder wissenschaftlichem Mitarbeiter²⁷ und Forscher die tatsächliche Beschäftigung zu verweigern. Denn auch dieser Personenkreis ist darauf angewiesen, die durch die Beschäftigung erworbenen Fähigkeiten zu erhalten und zu erweitern, will er nicht "berufsunfähig" werden²⁸.

c. Gesetzlich geregelte Fälle der Beschäftigungspflicht

Verschiedene gesetzliche Bestimmungen sehen ausdrücklich eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers vor. Als die wichtigsten

19. vgl. Immenkötter (Diss.) S. 11/12 m.w.N.

20. Lepke (Diss.) S. 13 ff., 123 ff.

21. LAG Gleiwitz ARS 31, 21

22. LAG Berlin ARSt. XXVII Nr. 288

23. RG Warn.Erg.Bd. 1910 Nr. 433

24. vgl. § 6 Abs. 1 der "Bestimmungen des als Tarifierung weiter geltenden Tarifvertrages der ehemaligen Berufsverbände Deutscher Bühnenverein und Genossenschaft der deutschen Bühnengehörigen vom 20.1.1933", zit. bei Riepenhausen S. 198 ff.; vgl. Hueck-Nipperdey § 46 Fußn. 5; Kaessler RdA 1953, 309

25. BAGE 16, 72 ff. (85)

26. LAG Hamm BB 1959, 118; LAG Berlin ARSt. XIII Nr. 224; BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"

Vorschriften sind hier §§ 4, 11 Abs. 2 SchwbG (§§ 12, 35 Abs. 1 SchwBeschG 1961), §§ 6, 7 BBiG (§§ 127 Abs. 1 GewO; 22 HandwO; 76 Abs. 2 HGB) und § 102 Abs. 5 BetrVG zu nennen.

aa. Schwerbehindertenrecht

Das Schwerbehindertengesetz hat die wichtige Aufgabe, dem Schwerbehinderten durch die Zuweisung eines seiner Leistungsfähigkeit entsprechenden Arbeitsplatzes die Möglichkeit zu geben, seine geminderte Arbeitskraft sinnvoll betätigen zu können. Der Schwerbehinderte soll durch eine normale produktive Arbeit wieder eine Stellung in der Gemeinschaft erhalten, in der er seine Kräfte beruflich entfalten kann²⁹.

Um dieses Ziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber nicht nur eine "öffentlichrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einstellung Schwerbehinderter geschaffen"³⁰ (§§ 4 ff. SchwbG), sondern auch durch § 11 Abs. 2 SchwbG die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Ausdruck gebracht,

27. LAG Düsseldorf DB 1976, 587; LAG Bayern ARSt. XIII Nr. 223; vgl. auch LAG Frankfurt AuR 1977, 155/156

28. vgl. Maus S. 224/225

29. Wilrodt-Neumann § 4 Rdnr. 13; Wilrodt-Neumann (SchwBeschG) § 3 Rdnr. 11; im Grundsatz schon RAG ARS 3, 16 ff. (18); RAG ARS 20, 8 ff. (10, 11); differenzierend RAG ARS 6, 618; vgl. BAGE 2, 121 ff.; Hueck-Nipperdey § 76 IX 1; Monjau § 12 Anm. 1; Zigan § 3 Rdnr. 19; Lepke (Diss.) S. 74/75;

a.A. fälschlicherweise ArbG Bremen DB 1955, 923, das § 12 Abs. 1 SchwBeschG als rein öffentlichrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers ansieht, auf deren Erfüllung nicht geklagt werden könne; so auch Jung-Cramer § 4 Rdnr. 9

30. Wilrodt-Neumann § 11 Rdnr. 15; Becker § 12 Anm. 3

den Schwerbehinderten tatsächlich in der dort bezeichneten Weise zu beschäftigen³¹.

Schon lange war diese Verpflichtung von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung³² aus der dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht hergeleitet worden. Denn diese gebietet dem Arbeitgeber, sich um die Wiedererlangung, Besserung und Erhaltung der beruflichen Leistungsfähigkeit des Schwerbehinderten zu bemühen.

In der Amtlichen Begründung zum SchwBeschG 1953 heißt es³³: "Die Arbeit gibt dem Schwerbehinderten erst das Bewußtsein wieder, ein vollwertiges Mitglied der menschlichen Gesellschaft zu sein und erleichtert ihm die Auseinandersetzung mit seinem Schicksal". Dazu gibt das Gesetz dem Schwerbehinderten durch § 11 Abs. 2 SchwbG einen unmittelbaren klagbaren Anspruch auf eine seinen Fähigkeiten und Kenntnissen angepaßte Beschäftigung³⁴.

Diese Regelung kann aber nicht als Grundsatz auf andere Arbeitnehmer übertragen werden. Sie trifft eine spezielle Gruppe von Arbeitnehmern, die aufgrund persönlicher Leiden eines besonderen Schutzes bedarf; eine Verallgemeinerung dieses Grundsatzes über diese besondere Personengruppe hinaus scheidet deshalb aus³⁵.

31. Zigan § 12 Rdnr. 2, § 3 Rdnr. 16 ff.; Monjau § 12 Anm. 1; vgl. LAG Berlin ARSt. 1978, 88 = AP Nr. 1 zu § 11 SchwbG

32. ArbG Stade ARSt. VIII Nr. 283; LAG Baden ARSt. VI Nr. 14; BAG AP Nr. 1 zu § 14 SchwBeschG LS 1; BAG AP Nrn. 1, 2, 3, 4 zu § 12 SchwBeschG; LAG Düsseldorf BB 1959, 1249; LAG Berlin DB 1963, 312; VGH Bayern DVB1. 1955, 465; BVerwGE 29, 140; Wilrodt-Gotzen § 3 Rdnr. 19; Hueck-Nipperdey § 76 IX 1; Rewolle § 4 Anm. II 2; Jung-Cramer § 11 Rdnr. 6;; Wilrodt-Neumann § 4 Rdnr. 13, § 11 Rdnr. 15; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611 BGB Anm. 265; Grub AR-Blattei "Beschäftigungspflicht" A I; Neubert-Becker § 4 Anm. 5

33. zit. bei Wilrodt-Neumann § 4 Rdnr. 13

bb. Ausbildungsverhältnisse

Gem. § 6 Abs. 1 Ziff. 1 BBiG hat der Ausbilder dafür zu sorgen, daß dem Auszubildenden die Fertigkeiten und Kenntnisse vermittelt werden, die zum Erreichen des Ausbildungszieles erforderlich sind. Damit ist nicht nur die Verpflichtung zu einer Beschäftigung überhaupt ausgesprochen, sondern auch die Art der Beschäftigung eindeutig festgelegt³⁶.

Eine solche Verpflichtung zur tatsächlichen Beschäftigung des Auszubildenden enthielten die früheren Spezialvorschriften des § 76 Abs. 2 HGB, 127 Abs. 1 GewO und § 22 HandwO ebenfalls. Sie fand ihre Grundlage in der an sich selbstverständlichen Überlegung, daß der Zweck des Ausbildungsvertrages nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien in der Ausbildung bestehen muß³⁷, und nur durch tatsächliche Beschäftigung lassen sich praktische Kenntnisse vermitteln³⁸. Erst durch die tatsächliche Beschäftigung des Auszubildenden kann der Ausbilder ein zutreffendes Bild von dem erzielten Ausbildungsstand gewinnen; nur durch tatsächliche Beschäftigung kann den gesellschaftspolitischen Forderungen nach umfassend ausgebildeten jungen Menschen nachgekommen

34. Rewolle § 11 Anm. III 2; Weber § 11 Anm. 2; LAG Berlin AuR 1978, 317 = ARSt. 1978, 88 a.A. Jung-Cramer § 11 Anm. 2

36. Grub AR-Blattei "Beschäftigungspflicht" B II 3; Weber BBiG § 6 Anm. 1; Natzel 2. Teil IV 2 a, 2 b = S. 44/45/46

35. vgl. Lepke DB 1971, 478 ff. (480)

37. Nikisch § 38 I 1; LAG Bayern AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"; Hueck-Nipperdey § 46 II 2; Röhslers DB 1958, 1462; Reitmeier S. 122 ff.; Schniedermann S. 22

38. vgl. Rohlfsing-Kiskalt-Wolff § 127 Anm. 3 b; Baumbach-Duden § 76 Anm. 3; Schlegelberger-Schröder § 76 Anm. 11 ff.; BAG NJW 1965, 709

werden³⁹. Lehrlinge und Volontäre hatten deshalb schon seit jeher Anspruch auf Beschäftigung⁴⁰.

cc. Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 Abs. 5 BetrVG⁴¹

Ein weiterer "Spezialfall" einer Beschäftigungspflicht findet sich in § 102 Abs. 5 BetrVG. Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und formgerecht widersprochen und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muß der Arbeitgeber gemäß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach dem Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bei unveränderten Bedingungen weiterbeschäftigen⁴².

Es war seit jeher ein im Wege der Interessenabwägung zu entscheidendes Problem, ob der Arbeitnehmer während des Laufes der Kündigungsfrist freigestellt werden durfte; zumeist überwogen die Interessen des Arbeitgebers an einer bezahlten Freistellung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist⁴³. Für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist hat der Gesetzgeber nunmehr in § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

39. vgl. LAG Hamburg ARSt. VIII Nr. 668; LAG Hamburg DB 1974, 2408

40. LAG Hamburg ARSt. VIII Nr. 668; Laubscher (Diss.) S. 10 ff.; Schlegelberger-Schröder § 59 Anm. 87; Hedderich (Diss.) S. 76/77; LG Weimar JW 1925, 1923; LAG Bayern AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"; Ipsen S. 68 ff.; Wawretzko BfStRSozVarbR 1949, 83

41. Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972 (BGBI. I S. 13 ff.)

42. gleichlautend § 79 Abs. 2 Satz 1 BPerVG 1974 (Bundespersönalvertretungsgesetz v. 15.3.1974 - BGBI. I S. 693 ff.)

43. BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"; Nikisch § 38 I 2; a.A., jetzt BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"

einen Beschäftigungsanspruch ausdrücklich festgelegt. Freilich ist auch hier nicht zu verkennen, daß eine besondere Situation gegeben ist, aus der heraus die Beschäftigungspflicht angeordnet wurde: eine Kündigung ist sowohl vom Betriebsrat beanstandet als auch vom Arbeitnehmer gerichtlich angefochten worden, und der Arbeitnehmer verlangt ausdrücklich die Weiterbeschäftigung.

Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 102 Abs. 5 BetrVG soll weiter unten⁴⁴ noch gründlich untersucht werden. Ohne ein Ergebnis vorwegzunehmen, kann doch festgestellt werden, daß infolge der besonderen Situation des Arbeitnehmers unter den in § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG genannten Voraussetzungen nicht ohne weiteres auf einen nunmehr gesetzlich festgelegten Hinweis für die Bejahung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers geschlossen werden kann⁴⁵.

Zwar liegt kein typisch personenbezogener - wie z.B. die Schwerbehinderteneigenschaft - oder berufsspezifischer Grund - wie z.B. der Lehrlingsstatus oder künstlerische Tätigkeit - vor, doch kommt aus dem Gedanken des Bestandschutzes des Arbeitsverhältnisses ein gewissermaßen drittes Spezifikum zu Tage, das es rechtfertigt, den gekündigten und sich gegen die Kündigung zur Wehr setzenden Arbeitnehmer nicht schlechter zu stellen als den ungekündigten Arbeitnehmer⁴⁶.

44. vgl. unten Zweiter Teil

45. vgl. unten Zweiter Teil ausführlich unter E.

46. Fitting/Auffarth/Kaiser § 102 Rdnr. 32 a;
Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 95

Die Vorschrift des § 102 Abs. 5 BetrVG soll - zumindest im Grundsatz - die Weiterbeschäftigung im Kündigungsfall sichern, damit der Arbeitsplatz für den gekündigten Arbeitnehmer bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung auch tatsächlich erhalten bleibt⁴⁷.

d. Weitere Sonderfälle

Es würde zu weit führen, die vielen anderen Sonderfälle im einzelnen zu würdigen; zu denken wäre an § 9 Abs. 4 MuSchG, der einen Beschäftigungsschutz für eine schwangere, in Heimarbeit Beschäftigte enthält⁴⁸, sowie an die Rechtsprechung zur Frage des Beschäftigungsanspruchs eines Betriebsratsmitglieds⁴⁹ oder eines Akkordarbeiters⁵⁰ oder an Rechtsvorschriften zum Schutz von Bergleuten⁵¹.

Alle diese Sonderfälle - sie werden im allgemeinen als Fallgruppen der Beschäftigungspflicht in Literatur und Rechtsprechung behandelt - sollen hier nicht näher untersucht werden. In

47. Böhm BB 1974, 1641 ff. (1645/1646); Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 48, 51, 52; zweifelnd Adomeit DB 1971, 2360 ff. (2363), der sich für die Berechtigung des Arbeitgebers ausspricht, den Arbeitnehmer entgegen dem Wortlaut des § 102 Abs. 5 BetrVG von der Arbeit unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts freizustellen (vgl. dazu im einzelnen unten Zweiter Teil unter C.I.)

48. vgl. Bulla-Buchner § 9 Rdnr. 206, § 24 Rdnr. 20

49. LAG Bremen AP 1951 Nr. 40 Leitsatz 3; ArbG Würzburg ARSt. IX Nr. 27; LAG Frankfurt BB 1949, 692; Waechter DB 1955, 361 ff. Fußn. 12; Lepke DB 1967, 2161 ff. m.w.N.; LAG Kiel ARSt. I Nr. 629; Schmaltz S. 74 m.w.N. a.A. Molitor Anm. zu AP 1951 Nr. 178, der nur die Befugnis zusprechen will, sich zur Amtsausübung auf dem Betriebsgelände zu bewegen; LAG Schleswig-Holstein DB 1976, 826

50. Oertmann S. 138; ebenso v. Gierke S. 617 Fußn. 117; a.A. Hueck-Nipperdey § 46 II Fußn. 6; vermittelnd Wölbling S. 133, 134

51. im einzelnen zitiert bei Lepke (Diss.) S. 79 - 81

dieser Arbeit geht es vielmehr um die allgemeine Beschäftigungspflicht, die der Arbeitgeber möglicherweise gegenüber dem "normalen" Arbeitnehmer (also einem Arbeitnehmer ohne etwaige spezifische persönliche oder berufliche Eigenheiten) hat.

B. Historische Entwicklung der allgemeinen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers

Die geschichtliche Entwicklung der Beschäftigungspflicht ist geprägt von einer über lange Jahrzehnte sich vollziehenden Wandlung in der Betrachtungsweise des Arbeitsverhältnisses. Vom rein funktionellen Austauschverhältnis vollzieht sich ein Wandel zum personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis⁵²; aus heutiger Sicht wiederum ist nicht zu verkennen, daß die inzwischen erhobenen Einwände gegen das Verständnis des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen Verhältnisses als recht beachtlich anzusehen sind⁵³.

I. Rechtsprechung und Literatur bis 1945

1. Zeit vor 1900

Vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches traf den Arbeitgeber nach allgemeiner Ansicht keine Pflicht zur Beschäftigung⁵⁴. Maßgeblich für diese Ansicht war die Tatsache, daß im Dienstvertragsrecht eine solche Abnahmepflicht nicht normiert war. Wenn § 45 Abs. 2

52. vgl. z.B. Nikisch § 38 I 1; Hueck-Nipperdey § 46 II

53. vgl. Schwerdtner S. 56 ff.; Blomeyer ZfA 1972, 85 ff. (96 f.); Ramm JZ 1968, 479 f.; Farthmann RdA 1960, 5 ff.; Mavridis RdA 1956, 444 ff.; Söllner AuR 1968, 242 ff.; Reuter RdA 1978, 344 ff. (349); vgl. unten Erster Teil E.I.2.

54. v. Gierke S. 617

Satz 5 ALR davon spricht, daß nach "dem einmal gegebenen und genommenen Mietsgeld die Herrschaft schuldig ist, das Gesinde anzunehmen und letzteres, den Dienst zur bestimmten Zeit anzutreten", so gilt dies nur für den besonderen Fall der damals üblichen völligen Eingliederung des Gesindes in die herrschaftliche Hausgemeinschaft⁵⁵.

2. 1900 bis 1933

Die Schaffung des BGB brachte keine Änderung. Zwar legen § 433 Abs. 2 BGB eine Abnahmepflicht des Käufers und § 640 BGB eine Abnahmepflicht des Bestellers fest, doch läßt dies keine Rückschlüsse auf eine nur versehentliche Nichtregelung einer "Abnahmepflicht" der Arbeitsleistung zu. Vielmehr hat der Gesetzgeber dem Dienstvertrag am Modell der Sachmiete ausgerichtet, was wiederum auf die Regelung der römischen Sklavenmiete zurückzuführen ist⁵⁶. Es war seinerzeit die gängige Anschauung, daß die Arbeitskraft losgelöst von der Person des Arbeitnehmers als eine austauschbare Ware zu behandeln war⁵⁷. Man erblickte im Arbeitsvertrag lediglich einen schuldrechtlichen Austauschvertrag. Der Arbeitgeber erschien zwar als Gläubiger der Arbeitsleistung; die Nichtannahme dieser Arbeitsleistung aber bewirkte nur den Gläubigerverzug; der Arbeitnehmer konnte seinen Lohn beanspruchen, ohne tatsächlich gearbeitet zu haben⁵⁸.

55. vgl. Lepke (Diss.) S. 25/26

56. Fabricius ZfA 1972, 35 ff. (37)

57. Hueck-Nipperdey § 46 II; Wehrle S. 2 ff., insbesondere Fußn. 4 mit Hinweis auf Brentano

58. RAGE 5, 263 ff. (270)

Weder das Dienstvertragsrecht noch andere arbeitsrechtliche Normen erkannten eine allgemeine Beschäftigungspflicht an. Dies genügte vor allem in der Zeit vor 1933 der ganz herrschenden Meinung zur Ablehnung der allgemeinen Beschäftigungspflicht⁵⁹.

Man war sich seinerzeit im wesentlichen darüber einig, daß ein Interesse des Arbeitnehmers an der Leistung von Arbeit allein noch nicht genügte, um ein Recht auf Beschäftigung zu begründen. Es bedürfe entweder einer ausdrücklichen oder aber zumindest einer stillschweigenden Vereinbarung derart, daß "die Beschäftigungspflicht nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles als gewollt anzunehmen" sei⁶⁰.

Die Ablehnung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht entsprach eben der Anschauung des Arbeitsverhältnisses als reinem schuldrechtlichen Austauschverhältnis; wurde der Arbeitnehmer nicht beschäftigt, so hatte er dennoch wegen des fortbestehenden Lohnanspruchs (§ 615 BGB) keinen Nachteil.⁶¹ Ein allgemeines

-
59. RG Recht 1912 Nr. 1461; RG Recht 1916 Nr. 662; RGZ 106, 272 ff. (274); RAG ARS 1, 66 ff. (69); vgl. Fabricius (Leistungsstörungen) S. 54 - 56, 58 ff.; Immenkötter (Diss.) S. 10 m.w.N.; Lotmar S. 241 ff., 723 ff.; Planck § 611 Anm. 5 a; Staub § 59 Anm. 32; Sigel S. 50 ff.; RG Recht 1910 Nr. 4073; Herschel S. 682 ff.; a.A. Kaskel NZfA 1922, 1 ff.; Oertmann § 611 2 d
60. Hueck-Nipperdey (1. Aufl.) S. 217, 218
61. vgl. auch LAG Düsseldorf DB 1974, 2112

Interesse des Arbeitnehmers an der Leistung von Arbeit allein genügt noch nicht, um einen Beschäftigungsanspruch zu begründen⁶².

3. 1933 bis 1945

Unter dem Einfluß des "Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit" (AOG)⁶³ trat ein Wandel der Anschauungen ein. Maßgebend dafür war vor allem die stärkere Bindung des Arbeitnehmers an den Betrieb und die Betonung der Treue- und Fürsorgepflicht, wie sie in § 2 Abs. 2 AOG⁶⁴ zum Ausdruck kam; dazu kam der schon in Art. 163 WRV ausgesprochene, damals aber besonders betonte Gedanke, daß die Arbeit sittliche Pflicht gegenüber Volk und Staat sei, deren Erfüllung der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht ohne zwingenden Grund unmöglich machen durfte; auch der Wunsch, möglichst alle Kräfte im Interesse der Volkswirtschaft auszunutzen, mag eine Rolle gespielt haben⁶⁵.

Im Kommentar von Hueck-Nipperdey-Dietz zum AOG heißt es⁶⁶: "Da nunmehr die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft eine Pflicht zur Mitarbeit nicht nur an der Betriebsförderung, sondern zu Nutzen von Volk und Staat begründet,

62. Hueck-Nipperdey (1. Aufl.) S. 217; Sinzheimer S. 147, 190 Fußn. 1 m.w.N.; Jacobi S. 189; Kaskel (2. Aufl.) S. 116; Franke NZfA 1924 Sp. 547; a.A. Bever, NZfA 1921 Sp. 29 ff.(35), der dies kritisiert und eine geänderte Betrachtungsweise als "soziale Kulturaufgabe ersten Ranges für das neue Arbeitsrecht" bezeichnet

63. AOG vom 20.1.1934 - RGBl. 1934 I S. 45 ff.

64. § 2 AOG (Führergrundsatz):

- (1) Der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden
- (2) Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten.

65. Hueck-Nipperdey § 46 II; Grub AR-Blattei a.a.O A. II.

66. Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Rdnr. 18; dies. (3. Aufl.) § 2 Anm. 18 m.w.N.

kann es nicht mehr im Belieben des Unternehmers stehen, ob er einen Gefolgschaftsangehörigen beschäftigen und ihm die Möglichkeit der Erfüllung dieser Ehrenpflicht ermöglichen will. Es entspricht nicht dem Ethos der Arbeit, sie nur als Mittel zum Geldverdienen aufzufassen, so daß der Zweck des Vertrages erreicht ist, wenn das Geld ohne effektive Arbeit verdient ist. Die Arbeit, die Dienst an Volk und Staat ist, ist eine Pflicht, aber auch ein Recht ...". Dem Gefolgschaftsangehörigen wurde grundsätzlich ein einlagbarer Anspruch auf Beschäftigung zuerkannt⁶⁷.

Zum einen entnahm man also den §§ 1 und 2 AOG, daß jeder Arbeitnehmer nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht habe, zum Nutzen von Volk und Staat tätig zu werden; zum anderen ergebe sich die Beschäftigungspflicht aus dem Gedanken der inneren Verbundenheit zwischen Betriebsführer und Gefolgschaft⁶⁸.

Diese Anerkennung einer Beschäftigungspflicht ist gelegentlich mit der Begründung abgelehnt worden, daß sie Ausdruck einer typisch national-sozialistischen Gesinnung sei⁶⁹. Zu Recht weisen Lepke⁷⁰ und Nikisch⁷¹ darauf hin, daß zwar

-
67. LAG Leipzig ARS 32, 161 ff. (168); LAG Stuttgart AR-Blattei D "Beschäftigungspflicht" Entscheidung Nr. 1 Blatt 2 der Gründe; Fabricius ZfA 1972, 35 ff. (38/39); Mansfeld-Pehl-Steinmann-Krause § 2 Anm. 2 d; Staudinger-Nipperdey (10. Aufl.) Vorbem. 12 zu §§ 617-619; Siebert JW 1938, 66; Nikisch (Grundriß 2. Aufl.) § 37 I 1; Ferrell S. 10 ff.; LAG Leipzig ARS 45, 83; Palandt-Friesecke (3. Aufl.) § 611 Anm. 3; Hueck § 25; a.A. LAG Gleiwitz ARS 24, 158
68. Immenkötter (Diss.) S. 15/16; Mansfeld ZAFDR 1935, 906 ff. (908); Schlegelberger-Schröder Rdnr. 86 zu § 59 HGB; Mansfeld-Pehl-Steinmann-Krause Anm. 2 d zu § 2 AOG
69. E. Molitor (Landesreferate) S. 732 Anm. 9; Waechter DB 1955, 361; vgl. Lepke (Diss.) S. 42 mit Fußn. 54
70. wie oben Fußn. 69
71. Nikisch § 38 I 2 a.E.; Ähnlich Hueck in Anm. zu BGH RdA 1953, 117

der nationalsozialistische Staat im Hinblick auf seine kriegswirtschaftlichen Ziele ein elementares Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung eines jeden Arbeitnehmers hatte; andererseits aber reichen die Gedanken einer Beschäftigungspflicht doch bis tief in die Weimarer Republik hinein. Wichtig ist bei der Entwicklung nach 1933 jedoch, daß durch die §§ 1, 2 AOG eine durch politische Zielsetzung beeinflusste menschliche Verbindung zwischen den Partnern des Arbeitsvertrages begründet wurde⁷², die Nipperdey⁷³ zum Anlaß nahm, neben den schuldrechtlichen Inhalt des Arbeitsvertrages einen gleichwertigen personenrechtlichen Teil zu stellen.

War es somit während der Zeit vor 1933 selten der Fall, daß nur wegen Vorliegens überwiegender Interessen des Arbeitnehmers ein Beschäftigungsanspruch bejaht wurde⁷⁴, so galt nun gerade umgekehrt der Grundsatz, daß nur in Ausnahmefällen ein Beschäftigungsanspruch abgelehnt werden konnte, nämlich dann, wenn "wichtige wirtschaftliche Interessen" des Unternehmers ihm entgegenstanden. Es "kann vom Unternehmer nicht verlangt werden, nur um die Gefolgschaft zu beschäftigen, weiterarbeiten zu lassen und so nicht nur Lohn aufzuwenden, sondern etwa noch unnütz Material zu verbrauchen"⁷⁵.

72. vgl. LAG Bayern AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" Gründe Blatt 2 Rückseite

73. Staudinger-Nipperdey (10. Aufl.) § 611 Anm. 265; Anm. zu Vorbem. zu §§ 617 - 619

74. vgl. oben B I 2.

75. Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Rdnr. 18; vgl. Citron-Hessel S. 63 ff.

II. Rechtsprechung und Literatur bis 1955

1. Ablehnung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht

Nach der Aufhebung des AOG durch den Alliierten Kontrollrat änderte sich die Betrachtungsweise erneut.

Die zunächst herrschende Meinung folgerte aus dem gänzlichen Wegfall des AOG, daß der Anspruch auf Arbeit grundsätzlich abzulehnen sei⁷⁶. Man besann sich wieder auf die schuldrechtlichen Wurzeln des Arbeitsverhältnisses und lehnte die Gedanken über personenrechtliche Bindungen vielfach ab⁷⁷.

Allerdings ging es damals, wie Röhslers⁷⁸ zu Recht aufzeigt, nicht darum, zwischen dem Arbeitsverhältnis als reinem Schuldverhältnis oder personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis zu wählen, sondern darum, unter Ablegung der maßlosen Übersteigerungen bzw. Überbewertungen des Gemeinschaftsgedankens in der nationalsozialistischen Zeit, zwischen beiden Alternativen eine sinnvolle Synthese herzustellen⁷⁹.

-
76. Palandt-Gramm (8. 9. u. 10. Aufl.) § 611 Anm. 3 c, 3 e; LAG Bayern AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" Gründe Blatt 3; Hueck-Nipperdey § 46 II; dies. (6. Aufl.) § 6 I (= S. 22 ff.), § 46 II (= S. 348 ff.)
77. LAG Berlin AP 1951 Nr. 43; ArbG Augsburg ARSt. I X Nr. 151; LAG München AP 1952 Nr. 24; LAG Heidelberg ARSt. IV Nr. 16; LAG Bayern ARSt. XIII Nr. 223; ArbG Mosbach ARSt. V Nr. 11; LAG Kiel ARSt. I Nr. 629; ArbG Osnabrück ARSt. VI Nr. 390; LAG Frankfurt BB 1949, 692; Schlegelberger-Schröder (3. Aufl.) Anm. C II 1 d zu § 59 HGB; Baumbach-Duden (9. Aufl.) Anm. 5 D zu § 59 HGB; ArbG Husum ARSt. V Nr. 582; ArbG Rheine ARSt. VIII Nr. 137; LAG Hamburg ARSt. Nr. 668; Bobrowski (2. Aufl.) C IV 2; Schmaltz S. 74; Berger-Jansen § 43 Anm. A 3
78. Röhslers DB 1958, 1462 ff. (1463)
79. wie oben Fußn. 78

Dies gelang zunächst nicht. Es wurde übersehen, daß die Erkenntnis einer personenrechtlichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als ein wichtiges Charakteristikum des Arbeitsverhältnisses auf altes deutsches Rechtsdenken zurückgeht⁸⁰, das sich allerdings infolge einer Verhaftung der herrschenden Meinung in einer rein schuldrechtlichen Denkweise bis 1933 nicht hatte durchsetzen können. So mag zwar das AOG einen letzten Anstoß zur geänderten Betrachtungsweise des Arbeitsverhältnisses gegeben haben⁸¹, eine so vollständige Abkehr der herrschenden Meinung von dem Gedanken einer allgemeinen Beschäftigungspflicht nach 1945 war indessen sicherlich ein Rückschritt in der Entwicklung des Arbeitsrechts⁸².

2. Die Entscheidung des BGH vom 12.11.1952

Der BGH hat in einer Entscheidung vom 12.11.1952⁸³ die Frage einer Beschäftigungspflicht nicht eindeutig bejaht oder verneint, sondern nach Aufzählung der entgegengesetzten Standpunkte in Literatur und Arbeitsrechtsprechung eine abschließende Beantwortung der Frage ausdrücklich offengelassen.

Stattdessen griff der BGH auf den schon

-
80. Planitz § 73 (= S. 162 ff.); v. Schwerin § 69 (= S. 210 ff.); Palandt-Gramm (20. Aufl.) Anm. 4 b vor § 611 BGB
81. Röhler DB 1958, 1462 ff. (1463); vgl. Nikisch § 38 I 2 a.E.; ähnlich Hueck in Anm. zu BGH RdA 1953, 117, 118
82. Anzumerken ist, daß in Österreich der Oberste Gerichtshof zum Arbeitsrecht in seiner Entscheidung vom 19.1.1954 einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch abgelehnt hat (vgl. Stanzl RdA 1966, 274 ff.)
83. BGHZ 8, 35 ff. (45 f.) = RdA 1953, 117 = ARSt. IX Nr. 505

lange in der Diskussion befindlichen Begriff des Beschäftigungsinteresses zurück. Der BGH nahm in dem zu entscheidenden Fall dann wie folgt Stellung: "Dem Arbeitnehmer steht jedenfalls dann kein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zu, wenn der Arbeitgeber ein schutzwertes Interesse an einer Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers hat". Im konkreten Fall war es dann nicht schwierig, in Anbetracht der umfassenden Befugnisse eines Geschäftsführers bei Wegfall des Vertrauensverhältnisses ein dringendes Interesse der Gesellschaft am Unterbleiben einer jeden Tätigkeit als Geschäftsführer zu bejahen⁸⁴.

Festzuhalten bleibt hier, daß der BGH allein die jeweiligen "schutzwürdigen Interessen" bei der Prüfung der Beschäftigungspflicht als maßgebliches Kriterium erachtete.

Hueck⁸⁵ hat dieses Ergebnis in seiner Anmerkung zu diesem Urteil begrüßt, aber gleichzeitig angedeutet, daß der Charakter des Arbeitsverhältnisses einer geänderten Betrachtungsweise unterzogen werden müsse und eine Anerkennung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht nicht von vornherein abgelehnt werden könne.

84. ähnlich schon ArbG Karlsruhe ARSt. VIII
Nr. 282

85. Hueck in Anm. zu BGH RdA 1953, 117, 118

3. Bejahung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht

Eine ganze Reihe von Entscheidungen⁸⁶ sprachen sich in dieser Zeit für eine allgemeine Beschäftigungspflicht aus. Den Anfang machte das LAG Hamm⁸⁷, indem es ohne nähere dogmatische Substantiierung "hart am Fall" argumentierte: "Wer 20 Jahre lang seinen Dienst getan und sich vom Rangierer zum Hafenmeister emporgearbeitet hat, der will nicht im besten Mannesalter zum 'alten Eisen' kommen, der will seinen Arbeitsplatz behalten und ausfüllen". Das Gericht betonte aber, daß diese Gesichtspunkte "nicht verallgemeinert" und nur "von Fall zu Fall" bei besonderer Prüfung aller einzelnen Umstände angewandt werden dürften.

Überwiegend wird die Bejahung der Beschäftigungspflicht zu dieser Zeit mit einer geänderten Betrachtungsweise des Arbeitsverhältnisses begründet; die Rücksichtnahme des Arbeitgebers auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers fand Eingang in die Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.

Bedeutsam ist hierbei die vielzitierte Entscheidung des LAG Stuttgart vom 9.10.1950⁸⁸; das LAG Stuttgart läßt sich bei der Begründung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs leiten

-
86. ArbG Bremen ARSt. II Nr. 38; LAG Frankfurt AP 1951 Nr. 178; LAG Stuttgart AP 1951 Nr. 177; LAG Bremen 15.11.1950 - Sa 55/50 für Betriebsratsmitglieder; ArbG Offenbach ARSt. XI Nr. 623; LAG Berlin ARSt. XIII Nr. 224; ArbG Wilhelmshaven ARSt. XV Nr. 133; Maus S. 223 ff.
87. LAG Hamm ARSt. I Nr. 274
88. LAG Stuttgart AP 1951 Nr. 177

vom Interesse des Arbeitnehmers, sich in dem erlernten Beruf zu betätigen und fortzubilden,

vom allgemeinen Interesse des Arbeitnehmers an Betätigung als Mittel zur Lebensbewältigung und Persönlichkeitsentfaltung sowie

von der Wahrung der Ehre, insbesondere der beruflichen Ehre des Arbeitnehmers.

Allerdings hütet sich das Gericht auch hier vor einer Verallgemeinerung dieser Grundsätze und formuliert vorsichtig: "Die Beschäftigungspflicht besteht, wenn die Interessen des Arbeitnehmers im Verhältnis zu den Interessen des Arbeitgebers es erfordern, weil der Arbeitnehmer als Mensch und Persönlichkeit gesehen werden muß". In ähnlicher Weise hat das LAG Bayern⁸⁹ eine Beschäftigungspflicht im Grunde bejaht, wobei es aber befremdlich erscheint, daß das Gericht nicht zwischen dem Recht auf Arbeit und dem Anspruch auf Beschäftigung unterscheidet⁹⁰. Außerdem hat sich das LAG Bayern insoweit noch sehr zurückhaltend geäußert, als es die Kriterien "Zumutbarkeit" und "Interessenlage" als maßgeblich für die Beurteilung eines Beschäftigungsanspruchs erachtete.

Insgesamt gehen Lehre und Rechtsprechung auch von der Erkenntnis aus, daß der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsverhältnisses als einem auf beiderseitiger Treue und Rücksichtnahme beruhenden personenrechtlichen Gemeinschafts-

89. LAG Bayern AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"

90. darauf weist Molitor in seiner Anmerkung zu diesem Urteil mit Recht sehr deutlich hin

verhältnis gehalten ist, in dem von ihm eingestellten Mitarbeiter den Menschen und auch Partner zu sehen, ihn dementsprechend zu behandeln und folglich auch zu beschäftigen⁹¹.

C. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die oben aufgezeigten unterschiedlichen Standpunkte lassen erkennen, daß das Richterrecht in dieser Frage eine erhebliche Rolle spielte. Es war deshalb abzusehen, wie Hueck⁹² zu Recht erwähnt, daß das BAG zur Beschäftigungspflicht im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung würde Stellung nehmen müssen. Dies geschah mit Urteil vom 10.11.1955.

I. BAG-Urteil vom 10.11.1955⁹³

Obwohl die Entscheidung den Fall einer auf Weiterbeschäftigung klagenden Röntgenärztin betraf, bei der man aufgrund der oben unter A.II.2.b. geschilderten Interessenlage ohne weiteres zu einem Beschäftigungsanspruch hätte kommen können, benutzte das BAG die Gelegenheit, um grundsätzlich zur Beschäftigungspflicht Stellung zu nehmen.

Das Arbeitsverhältnis sei ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das nicht wie beim Dienstvertrag der selbständig Tätigen oder wie bei sonstigen Schuldverhältnissen lediglich

-
91. Staudinger-Weber § 242 Anm. A 488 m.w.N.; Röhslers DB 1958, 1462 ff. (1463); Staudinger-Nipperdey-Neumann (10. Aufl.) § 611 Anm. 265, 266 (Herleitung des Anspruchs allerdings aus dem Recht auf Arbeit); Soergel-Siebert § 611 Rdnr. 198, 199, 200; Palandt-Gramm (ab 23. Aufl.) § 611 Anm. 3 e; Stecher RdA 1961, 261 ff. (264); Becker (Diss.) S. 62 ff.
92. Hueck Anm. zu BGH RdA 1953, 117, 118
93. BAG 10.11.1955 - 2 AZR 591/54 - AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" = ARSt. XV Nrn. 375, 626 = BAGE 2, 221 ff. = BB 1956, 141, 176 = DB 1955, 1091 und DB 1956, 114 = RdA 1956, 119 = AuR 1957, 217 = JZ 1956, 184 = NJW 1956, 359 = SAE 1956, 145

einzelne bestimmte Leistungen betreffe, sondern für seinen Geltungsbereich die ganze Person des Arbeitnehmers erfasse, deshalb sein Leben gestalte und seine Persönlichkeit mitbestimme. Die Achtung und Anerkennung des Arbeitnehmers als Mensch beruhe auch nicht nur auf dem wirtschaftlichen Wert seiner Leistung, sondern weitgehend darauf, wie er die ihm obliegende Aufgabe erfülle. Gerade dies gebe ihm im Bereich des Arbeitslebens maßgeblich seine Würde als Mensch.

Dann führt das BAG weiter aus: "Deshalb muß der Arbeitgeber nicht bloß aufgrund seiner Fürsorgepflicht, sondern vor allem auch aufgrund der jedermann aus Art. 1 und 2 GG obliegenden Verpflichtung alles unterlassen, was die Würde des Arbeitnehmers und die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen kann".

Nummehr war klar, daß das BAG nicht nur die nicht näher erörterte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, sondern zugleich, aber mit größerem Gewicht, die Grundrechtsposition des einzelnen Menschen als maßgeblich erachtete.

Es bedeute einen Eingriff in die durch Art. 1 und 2 GG geschützten Positionen⁹⁴, wenn einem Arbeitnehmer zugemutet werde, nicht nur vorübergehend, sondern womöglich jahrelang sein Gehalt in Empfang zu nehmen, ohne sich in seinem bisherigen Beruf betätigen zu können. Dies würde auf einen Zwang zum Nichtstun hinauslaufen und den betreffenden Arbeitnehmer nicht mehr als vollwertiges Mitglied der Berufsgemeinschaft und der Gesellschaft überhaupt erscheinen lassen

94. so schon BGH in BGHZ 13, 334 ff. (338)

Nicht bloß die Allgemeinheit, sondern auch der größte Teil der ihrer Fähigkeiten und Leistungen bewußten Arbeitnehmer hielten es für verächtlich, Lohn in Empfang zu nehmen, der nicht durch entsprechende Leistungen verdient ist. Im übrigen würde auch der Arbeitnehmer, der doch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses seine Arbeitskraft nicht einem anderen Arbeitgeber anbieten darf, gehindert werden, sich weiter beruflich zu betätigen, sich seine beruflichen Fähigkeiten zu erhalten und fortzubilden, d.h. er wäre gehindert, seine Persönlichkeit zu entfalten.

Von diesem Grundsatz läßt das BAG nur eng begrenzte Ausnahmefälle zu. Für eine Freistellung von der Arbeit bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts könne nur eine vorübergehende Zeitspanne, etwa die Dauer einer Kündigungsfrist, in Betracht kommen. In allen anderen Fällen müßten besondere Gründe dafür vorhanden sein, die eine solche Regelung notwendig erscheinen lassen. Hier sei jeweils eine sorgfältige Prüfung notwendig⁹⁵.

Mit dieser Entscheidung hat das BAG die Gedanken des LAG Stuttgart⁹⁶ aufgegriffen und unter Bezugnahme auf das Grundgesetz fortgeführt. Die Entscheidung war wegbereitend für die weitere Entwicklung der Rechtslehre zur Frage der Beschäftigungspflicht; sie wurde insoweit sehr positiv kommentiert⁹⁷.

95. BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" Leitsatz 3 und Blatt 2 der Gründe

96. LAG Stuttgart AP 1951 Nr. 177

97. Hueck in Anm. zu BAG v. 10.11.1955 in AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"; Pieper in Anm. zu BAG 10.11.1955 in SAE 1956, 145 ff. (147 f.); Frey in Anm. BAG 10.11.1955 in AuR 1957, 217 ff. (219 f.)

Es blieb aber, wie Hueck zu Recht anmerkt⁹⁸, die häufig nicht leicht zu entscheidende Frage, wann überwiegende Interessen des Arbeitgebers die Nichtbeschäftigung rechtfertigen. In diesem Punkt war das BAG von zu strengen Anforderungen ausgegangen, ohne die Interessen des Arbeitgebers hinreichend zu würdigen. Hier scheint das BAG im Überschwang der aus dem Grundgesetz hergeleiteten Erkenntnisse übersehen zu haben, daß im Fall einer vorübergehenden Freistellung der Arbeitnehmer praktisch Entgelt ohne Gegenleistung erhält und damit gewissermaßen bezahlten Urlaub hat, der seine Persönlichkeitsentfaltung wohl kaum beeinträchtigen wird. "Die sorgfältige Prüfung" der "besonderen Gründe" der Freistellung erscheint hier als erheblich zu eng⁹⁹.

II. Weitere Entscheidungen des BAG zur Beschäftigungspflicht

Das BAG hat eine ganze Reihe weiterer Entscheidungen zur Frage einer Beschäftigungspflicht getroffen.

Zwei Entscheidungen des 1. Senats¹⁰⁰ stellten einen klagbaren, qualifizierten Beschäftigungsanspruch schwerbeschädigter Arbeitnehmer fest. In beiden Urteilen wurde eine allgemeine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BAG vom 10.11.1955 ohne nähere Begründung bejaht. Zugleich konnte das BAG in diesen Fällen m.E.

98. Hueck in Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"

99. zur Kritik des BAG-Urteils vgl. unten C.III.

100. BAG 4.5.1962 - 1 AZR 128/61 - DB 1962, 1083 ff.; BAG 7.8.1964 - 1 AZR 27/64 - DB 1964, 1779

zu Recht die Beschäftigungspflicht aus § 12 Schw BeschG¹⁰¹ herleiten, so daß rechtsdogmatische Ausführungen zur Beschäftigungspflicht unterblieben¹⁰².

Der 4. Senat befaßte sich mit der Frage, ob der Arbeitnehmer nicht nur einen allgemeinen Anspruch auf Beschäftigung, sondern auch einen solchen auf vergütungsrechtliche (= vertragsgemäße) Beschäftigung hat¹⁰³; doch stellte es gleichzeitig fest, daß man einen solchen Anspruch sinnvollerweise nur dann bejahen könne, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch tatsächlich entsprechend der vertraglichen Vereinbarung beschäftigen könne. Sei dies nicht der Fall, so müsse der Arbeitgeber einen entsprechenden Arbeitsplatz schaffen; auch dies sei inhaltlich bereits im Urteil des BAG vom 10.11.1955 zum Ausdruck gekommen. Zeiss¹⁰⁴ ist dem zu Recht entgegengetreten mit dem Argument, daß neue Arbeitsplätze ohne eigentliche Funktion und ohne Bedürfnis nicht allein deshalb geschaffen werden können, weil der Arbeitgeber aufgrund irgendwelcher Umstände (z.B. vertragliche Vereinbarung) den Lohn für eine höher bewertete Stelle zahlen muß¹⁰⁵.

Der 1. Senat des BAG bestätigte 1971 die frühere Entscheidung zur Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers auch für den Fall, daß durch suspendierende Aussperrung betroffene Betriebsratsmitglieder nach Beendigung des Arbeits-

101. Schwerbeschädigtengesetz i.d.F. vom 16. 6.1953 (BGBl. I, 389 ff.)

102. Gleiches gilt für BAG 23.1.1964 - 2 AZR 289/63 - ARSt. 1964 I Nr. 203

103. BAG 13.9.1967 - 4 AZR 337/66 - AP Nr. 3 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"

104. Zeiss in Anm. zu BAG 13.9.1967 wie Fußn. 103

105. Zeiss, a.a.O., spricht hier von einer "neuen Variante des Parkinson'schen Gesetzes"

kampfes ihre Weiterbeschäftigung verlangen können¹⁰⁶. Der Arbeitgeber könne sich demgegenüber nicht auf Rationalisierungsmaßnahmen oder Neueinstellungen berufen, die er im Laufe des Arbeitskampfes etwa vorgenommen habe.

Der 2. Senat hat ebenfalls die frühere Entscheidung des BAG vom 10.11.1955 bestätigt und festgestellt, daß die Weigerung des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer bilden kann, und zwar selbst dann, wenn der Arbeitgeber bereit ist, das vereinbarte Gehalt weiterzuzahlen¹⁰⁷. Zur Begründung wird auf den aus Art. 1 und 2 GG resultierenden Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers verwiesen, dem es darauf ankomme, sich im Arbeitsverhältnis entsprechend seinen Fähigkeiten und Leistungen fachlich und persönlich zu entfalten; eine Suspendierung des Arbeitnehmers sei auch bei Fortzahlung der Vergütung nur bei einem besonderen schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers zulässig, an dessen Voraussetzungen strenge Anforderungen zu stellen seien.

Dies greift der 3. Senat auf und stellt fest, ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers bestehe grundsätzlich auch nach Ausspruch einer Kündigung während der Kündigungsfrist¹⁰⁸. In dieser Zeit sei eine Frei-

106. BAG 26.10.1971 - 1 AZR 113/68 - DB 1972, 143 ff. LS 9 = ARSt. 1972 Nr. 1104 = AP Nr. 45 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

107. BAG 15.6.1972 - 2 AZR 345/71 - DB 1972, 1878; im Ergebnis auch schon BAG 4.6.1964 - 2 AZR 310/63 - DB 1964, 1266 f.

108. BAG 19.8.1976 - 3 AZR 173/75 - AP Nr. 4 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"

stellung gegen den Willen des Arbeitnehmers nur zulässig, wenn überwiegende Interessen dies gebieten. Wenn auch im Urteil vom 10.11. 1955 als typischer Ausnahmefall die Situation nach Ausspruch der ordentlichen Kündigung genannt werde, so könne dies nicht bedeuten, daß hier eine Interessenabwägung entbehrlich wäre. Diese würde vielmehr in den meisten Fällen (z.B. wegen der Provisionsansprüche beim Handelsvertreter) zu einem Beschäftigungsanspruch auch während des Laufs der Kündigungsfrist führen.

Festzuhalten ist also, daß das Bundesarbeitsgericht einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch generell bejaht. Zwar läßt es auch Ausnahmen von diesem Grundsatz zu, doch zeigt die Entwicklung der Rechtsprechung, daß die Anforderungen an derartige Ausnahmesituationen immer höher geschraubt werden. Hinzu kommt, daß das BAG in seinen Entscheidungen zu § 102 Abs. 5 BetrVG immer die Gelegenheit wahrnimmt, auf den Grundsatz der angeblich so allgemein anerkannten Beschäftigungspflicht zu verweisen, und diesen gleichsam als festes Fundament zum Ausgangspunkt neuer Überlegungen im Bereich des § 102 Abs. 5 BetrVG macht¹⁰⁹.

III. Kritik an der Rechtsprechung des BAG

Das BAG muß sich Kritik an seinen Entscheidungen zur Beschäftigungspflicht gefallen lassen. Diese Kritik bezieht sich allerdings mehr auf die rechtliche Begründung der Beschäftigungspflicht als auf das Ergebnis als solches.

109. so vor allem BAG 19.8.1976 in AP Nr. 4 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" und 26.5.1977 in DB 1977, 2099 ff.

1. Drittwirkung der Grundrechte

Schon der Ausgangspunkt der Begründung des BAG ist heftig umstritten. Die Verfassungsnormen der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG können nicht ohne weiteres außerhalb des Verhältnisses von Staatsbürger zur hoheitlichen Gewalt in der Privatsphäre unmittelbare Wirkung entfalten. Die grundsätzliche Frage, die hier nur kurz angesprochen werden kann, ist, ob Grundrechte auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse einwirken und wie diese Wirkung im einzelnen gedacht werden müsse; dies ist umstritten¹¹⁰. Eine solche "Drittwirkung" der Grundrechte kann jedenfalls nicht schon deshalb a limine geleugnet werden, etwa weil der historischen Entwicklung nach die Grundrechte nur Abwehrrichtung gegen den Staat hätten¹¹¹. Zwar sind sie in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; ebenso richtig ist es aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung errichtet hat, die ihren Mittelpunkt in der sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet; als verfassungsrechtliche Grundentscheidung muß diese objektive Wertordnung für alle Bereiche des Rechts gelten¹¹². Damit ist aber noch lange nicht gesagt, daß

110. Leisner S. 354 ff. (371); Schmidt-Bleibtreu-Klein Verb. vor Art. 1 Rdnr. 6

111. vgl. Maunz-Dürig-Herzog Rdnr. 102 zu Art. 1 GG

112. BVerfGE 7, 198 ff. (203 f.); 21, 362 ff. (369 ff.); 6, 40 ff.; 5, 85 ff. (204 f.); Schmidt-Bleibtreu-Klein Verb. 8 vor Art. 1 GG; Leibholz-Rinck Verb. 2 vor Art. 1 GG

Grundrechte zwischen zwei Privatrechtssubjekten eine direkte Anspruchsgrundlage des einen bzw. eine entsprechende Verpflichtung des anderen Privatrechtssubjekts begründen.

Das BAG hat sich bekanntlich mehrfach zu einer direkten Drittwirkung der Grundrechte bekannt¹¹³ und wiederholt ausgesprochen, daß zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutender Grundrechte nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren, sondern auch Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben sind, die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den privaten Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben können. Dies ist freilich bedenklich, weil die geschichtliche Entwicklung an sich ausweist, daß nur Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG und vielleicht auch Art. 48 Abs. 1 GG echte Drittwirkung zukommen sollte¹¹⁴.

Deshalb hätte das BAG gut daran getan, die Grundrechte nicht unmittelbar, sondern nur dem inhaltlichen Gedanken nach über die wertausfüllungsbedürftigen und -fähigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts in das Arbeitsrecht einfließen zu lassen, wodurch die Eigenständigkeit des Privatrechts gewahrt und gleichzeitig ein "Dualismus der Rechtsmoral" verhindert worden wäre¹¹⁵.

113. BAG AP Nr. 1 zu Art 3 GG; BAG AP Nr. 2 zu § 13 KSchG LS 7 bis 11; BAG AP Nr. 4 zu Art. 3 GG LS 1 bis 3; BAG AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 Gründe Blatt 1 Rückseite

114. Maunz-Dürig-Herzog Art. 48 Rdnr. 4; Galperin JZ 1956, 105, 106/107

115. vgl. v. Mangoldt-Klein Vorbem. A VI 4 vor Art. 1 GG; BVerfGE 7, 198 ff. (204 f.); vgl. Zöllner § 7 I 4 b mit Beispielen

Es wäre reizvoll, zur Frage der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte näher Stellung zu nehmen. Dies wäre indessen ein Thema, das über den Bereich dieser Arbeit hinausginge. Nur so viel sei gesagt: es liegt auch eine Gefahr in der Lehre von der "mittelbaren Drittwirkung" der Grundrechte. Man kann nicht den Rückweg zu einer Inhaltsermittlung der Grundrechte antreten, welche trotz der Allgemeinheit der sie aufnehmenden privatrechtlichen Blankettnormen eine erträgliche Abgrenzung gestatten würde, sondern man bemüht sich im Grunde nur, die Generalklauseln des BGB "irgendwie plastischer zu machen"¹¹⁶. Man mag zur Beruhigung des "zivilistischen Gewissens" BGB-Vorschriften mitzitieren; übernommen werden aus dem Verfassungsrecht indessen keine beziehungslosen Begriffe, sondern Normenkomplexe, welche subjektive Rechte schaffen oder ihnen in gewisser Weise - etwa als schweigender Minimalinhalt - immanent sind.

Jedenfalls erscheint es rechtssystematisch bedenklich, die Bestimmungen der Art. 1 und 2 GG als direkte Anspruchsgrundlage zur Begründung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs heranzuziehen¹¹⁷.

2. Arbeitsvertrag und Art. 1 und 2 GG

Aber selbst wenn man eine echte Drittwirkung der Art. 1 und 2 GG im Privatrecht bejahen wollte, so könnte dennoch daraus keine

116. Leisner S. 371/372; Gamillscheg AcP 164, 385 ff. (419 ff.)

117. Hueck-Nipperdey haben dies erkannt und den Grundgedanken der freien Entfaltung der Persönlichkeit und der Menschenwürde nur unterstützend zur Festlegung des bereits aus der Betrachtung des Arbeitsverhältnisses gewonnenen Ergebnisses herangezogen (§ 46 II Fußn. 8)

Begründung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht hergeleitet werden. Denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht bewirkt nur Eingriffsverbote und Unterlassungspflichten, nicht jedoch positive Handlungspflichten¹¹⁸. Bei der Begründung der allgemeinen Beschäftigungspflicht handelt es sich jedoch nicht darum, daß der Arbeitnehmer einen Unterlassungsanspruch gegen jedermann auf Beeinträchtigung seiner Grundrechtsposition geltend machen will, sondern er will eine positive Handlungspflicht, die Pflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag, ihn zu beschäftigen, durchsetzen. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kann somit eine derartige positive Handlungspflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen, nicht gezogen werden, da diese lediglich einen Unterlassungsanspruch gegenüber jedermann begründet¹¹⁹.

Zwar trägt jede Verpflichtung zu einem positiven Tun auch die Verpflichtung in sich, alles damit Unvereinbare zu unterlassen. Aber diese negative Seite der Verpflichtung zum positiven Tun ist nicht der Inhalt der Leistung im Sinne des § 241 BGB. Denn der Anspruch auf Beschäftigung hat kein Unterlassen, sondern eine Mehrzahl positiver Handlungen zum Inhalt. Der Arbeitgeber erfüllt seine Beschäftigungspflicht erst, wenn er entsprechende Arbeit

118. Hubmann S. 146; v. Mangoldt-Klein Art. 2 Anm. III 4; Maunz-Dürig-Herzog Art. 2 Erl. IV 1 = Rdnrn. 26 ff.

119. Schniedermann S. 40 ff.; Lepke (Diss.) S. 99 ff.

zuweist und so dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu einer Betätigung einräumt. Besteht also die aus dem Arbeitsvertrag herrührende Leistung in einem positiven Tun, ist kein klagbarer und vollstreckbarer Anspruch auf ein Unterlassen des mit der Verpflichtung zum Tun Unvereinbaren gegeben¹²⁰. Der Arbeitnehmer kann nicht sowohl den Anspruch auf Beschäftigung geltend machen als auch mittels Unterlassungsklage die negative Seite der Vertragspflicht einklagen¹²¹.

Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, daß eine Begründung der Beschäftigungspflicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 GG i.V.m. Art. 1 GG schon deshalb entfällt, weil diese Grundrechte - wenn überhaupt - nur Unterlassungspflichten und Eingriffsverbote gegenüber jedermann geben.

Es ist ferner fraglich, ob die aus Art. 1 und 2 GG hervorgehenden Grundprinzipien der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit bei der Herleitung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht tatsächlich in der vom BAG beschriebenen Weise Berücksichtigung finden können. Es sei hier an das Urteil des BAG vom 19.8.1976¹²² erinnert, in dem einem Verkaufsgebietsleiter im wesentlichen deshalb ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung

120. vgl. RGZ 72, 393; LAG Hamburg AP Nr. 1 zu § 611 BGB "Anspruch auf Arbeitsleistung"

121. Schniedermann S. 41

122. BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"

während des Laufs der Kündigungsfrist zugebilligt wurde, weil er im Falle der Freistellung keine Provisionen mehr hätte erzielen können¹²³. Wenn in dieser Weise allein die materiellen Interessen des Arbeitnehmers auf bloßen finanziellen Gewinn in den Vordergrund gestellt werden, so ist eine Berufung auf die Grundgedanken von Art. 1 und 2 GG als verfehlt anzusehen.

Ob die Idee der Selbstverwirklichung durch Arbeit der Realität des Arbeitslebens entspricht, ist nicht minder zweifelhaft. Eine praxisbezogene Betrachtungsweise führt bestimmt in vielen Fällen zu dem Ergebnis, daß dem gewöhnlichen Arbeitnehmer jede gewonnene Stunde Freizeit als Glück, als Wiederherstellung seiner ursprünglichen Menschenwürde und seiner Selbstbestimmung erscheint¹²⁴. Bezahlte Freistellung muß durchaus nicht als ein minderwertiger Zustand angesehen werden.

3. Praktische Überlegungen

Das BAG hat bei der Erörterung grundlegender Verfassungsbestimmungen die tatsächliche Situation des praktischen Arbeitslebens völlig unberücksichtigt gelassen. Der Gesetzgeber hatte es immerhin als ausreichend angesehen, den Arbeitnehmer über die Vorschrift des Annahmeverzugs abzusichern. Unzweifelhaft ist auch die Tatsache, daß in Fällen kürzerer

123. Der Arbeitgeber gewährte in dem vom BAG entschiedenen Fall dem Verkaufsgebietsleiter eine Bezahlung von 3.500,- DM monatlich während der Zeit der Freistellung !

124. Schwerdtner ZfA 1977, 47 ff. (51/52) ("Die Arbeitnehmer schielen heute während der Arbeitszeit nach dem Uhrzeiger, der sie für Hausarbeit und Television freigibt")

Nichtbeschäftigung der Arbeitnehmer sich nicht als reines Objekt im Austauschsystem eines gegenseitigen Vertrages vorkommen, sondern die Zeit der Nichtbeschäftigung als willkommenen bezahlten Urlaub betrachten wird. Vom "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" ist in diesen Fällen wohl selten die Rede.

Lepke¹²⁵ hat 97 Gerichtsentscheidungen untersucht und festgestellt, daß nur ein geringer Teil der Arbeitnehmer ihre tatsächliche Beschäftigung erstrebten. Dem überwiegenden Teil ging es um Schadensersatzansprüche wegen Nichtbeschäftigung und um Lohnansprüche. Dies gilt auch für die heutige Zeit; in dem Bereich der Kündigungsschutzprozesse, bei denen eine Freistellung noch während des Laufs der Kündigungsfrist sehr häufig zu finden ist, wird ein tatsächlicher Beschäftigungsanspruch nur ganz selten geltend gemacht; und dies sogar, obwohl an sich durch die Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG geradezu ein eindeutiger Fingerzeig auf die Geltendmachung und rechtliche Durchsetzbarkeit einer Beschäftigungspflicht in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen gegeben worden ist¹²⁶.

In den Kündigungsschutzprozessen macht man in aller Regel die Erfahrung, daß der klagende Arbeitnehmer überhaupt keinen Wert

125. Lepke (Diss.) S. 13 ff.

126. Die Frage, ob mit der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer allgemeinen Beschäftigungspflicht gefallen ist, soll im Zweiten Teil der Arbeit untersucht werden; vgl. dazu auch LAG Düsseldorf DB 1974, 2112

legt auf tatsächliche Beschäftigung, sondern im Hinblick auf § 615 BGB in aller Ruhe das Prozeßergebnis abwartet; diese Erfahrungstatsache gibt Anlaß, an der vom BAG vorgenommenen Interpretation der Art. 1 und 2 GG im Hinblick auf die Begründung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht zu zweifeln¹²⁷.

IV. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte

Es kann generell gesagt werden, daß die Untergerichte die Meinung des BAG übernommen und unter Hinweis auf Art. 1 und 2 GG einen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers ziemlich uneingeschränkt bejaht haben¹²⁸.

Das LAG Berlin hat in einer Entscheidung vom 4.5.1961¹²⁹ von einer "dem Dienstberechtigten nach § 242 BGB obliegenden Fürsorgepflicht als auch von den Grundregeln der Menschenwürde" gesprochen und eine Grenze mit dem Kriterium der Zumutbarkeit gezogen. Unzumutbarkeit der tatsächlichen Beschäftigung könne auch dann vorliegen, wenn kein schuldhaftes oder vertragswidriges Verhalten des betreffenden Arbeitnehmers vorliege.

Ohne jegliche Begründung hat das Arbeitsgericht Braunschweig¹³⁰ den Beschäftigungsanspruch eines Chefarztes anerkannt. Hier dürfte das schon oben¹³¹ dargestellte hohe

127. Schwerdtner wie Fußn. 124

128. LAG Bayern ARSt. 1972 Nr. 3; LAG Berlin DB 1974, 1629 LS 5; LAG Hamm DB 1970, 1034; LAG Hamm BB 1974, 1638; LAG Hamburg DB 1974, 2408 a.E.; LAG Schleswig-Holstein DB 1976, 826; ArbG Kiel DB 1976, 250; ArbG Hamburg DB 1976, 2480; ArbG Husum ARSt. XVII Nr. 129; ArbG Wilhelmshaven ARSt. XVI Nr. 354; ArbG Hildesheim DB 1977, 1706; LAG Düsseldorf DB 1965, 259 f.; ArbG Köln BB 1979, 680

129. LAG Berlin 4.5.1961 - ARSt. XXVII Nr. 288

130. ArbG Braunschweig 5.12.1963 - ARSt. 1964 II Nr. 435

131. vgl. oben Erster Teil A.II.2.b. und Fußn. 27 und 28

Beschäftigungsinteresse einer wissenschaftlichen Fachkraft die ausschlaggebende Rolle gespielt haben.

Das LAG Hamm hat in einer Entscheidung vom 5.5.1975¹³² einmal von dem Rechtsgrundsatz gesprochen, daß "eine Weiterbeschäftigung jeweils vom Interesse des jeweils Nichtbeschäftigten" abhängig sei.

In dieser Reihe der unterschiedlichen Begründungen fällt die bekannte Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 21.6. 1974¹³³ auf. Darin wird die historische Entwicklung der allgemeinen Beschäftigungspflicht in Frage gestellt und die Bestimmung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG in den Vordergrund gestellt:

"Ob nach geltendem Recht im Wege der Rechtsfortbildung in ergänzender Auslegung des Arbeitsvertrages unter Berücksichtigung der Art. 1, 2, 2o und 28 GG¹³⁴ eine vertragliche Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers konstruierbar ist, erscheint zumindest fragwürdig. Die Kammer hält dafür, einen Anspruch auf Beschäftigung grundsätzlich auch in dem gesetzlichen Arbeitsverhältnis zu bejahen und in § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG eine Wertentscheidung des Gesetzgebers zu erblicken, die abweichend von der oben beschriebenen historischen Entwicklung des BGB nunmehr dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers eine gesetzliche

132. LAG Hamm 5.5.1975 - ARSt. 1975, Nr. 1228

133. LAG Düsseldorf BB 1974, 2112

134. Die Aufzählung der Art. 2o und 28 GG enthält offensichtlich eine Anspielung auf Fabiricius ZfA 1972, 35 ff.

Grundlage verschafft". Diese Auffassung wird weiter unten noch zu erörtern sein¹³⁵.

Eine ablehnende Haltung hat, soweit ersichtlich, nur das Arbeitsgericht Bayreuth¹³⁶ einmal eingenommen, und zwar unter Bezugnahme auf den Vorrang der Direktionsbefugnis des Arbeitgebers. "Der Direktionsbefugnis des Arbeitgebers sind durch gesetzliche Vorschriften, kollektive oder einzelvertragliche Vereinbarungen Schranken gesetzt. Jedoch ist es dem Arbeitgeber unbenommen, auf die Leistung gemäß § 611 BGB versprochener Dienste u.U. zu verzichten, denn unsere Rechtsordnung kennt keinen uneingeschränkten Beschäftigungsanspruch".

D. Die neuere arbeitsrechtliche Literatur

Auch im Schrifttum hat die Rechtsprechung des BAG jedenfalls im Ergebnis überwiegend Zustimmung erhalten. Allerdings fällt auf, daß die rechtlichen Konstruktionsvorschläge doch erheblich voneinander abweichen.

I. Bejahende Stimmen zur allgemeinen Beschäftigungspflicht

1. Die wichtigsten Meinungen aus der Literatur

Hueck-Nipperdey¹³⁷ halten den Arbeitgeber für verpflichtet, den Arbeitnehmer zu beschäftigen, "wann und soweit ein begründetes Interesse des Arbeitnehmers an tatsächlicher Beschäftigung vorhanden ist" und nicht "überwiegende Interessen des Arbeitgebers entgegen-

135. vgl. unten Zweiter Teil E.I.2., 3., II.

136. ArbG Bayreuth 10.7.1958 - ARSt. XXI Nr. 468

137. Hueck-Nipperdey § 46 II, III

stehen". Die Meinung des BAG¹³⁸ wird unterstützt mit der generellen Aussage, daß ein Fehlen des Interesses an der Beschäftigung nur bei "kürzerer Nichtbeschäftigung" in Frage kommen kann. Hueck-Nipperdey sprechen sich damit für eine reine Interessenabwägung aus, wobei keine Gleichgewichtigkeit gegenseitiger Interessen, sondern eine bevorzugte Behandlung des Arbeitnehmers in den Vordergrund gestellt wird. Eine rechtliche Konstruktion liefern Hueck-Nipperdey nicht, sondern nehmen Bezug auf die These des BAG, wonach Art 1 und 2 GG die tragfähige Grundlage des Anspruchs auf tatsächliche Beschäftigung sind.

Nikisch¹³⁹ beruft sich darauf, daß die Treuepflicht im Arbeitsverhältnis in ihrer umfassenden Bedeutung eine Bejahung der Beschäftigungspflicht mit sich gebracht habe. Man müsse einsehen, daß es mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar sei, wenn der Arbeitgeber sich die Arbeitskraft des Arbeitnehmers sichere, ohne dann von ihr Gebrauch zu machen. Der normale und gesunde Mensch habe das natürliche Bestreben, seine Arbeitskraft zu betätigen und wolle sich seinen Lohn verdienen. In der Argumentation läuft dies in etwa, allerdings ohne ausdrücklichen Bezug auf Art. 1 und 2 GG, auf die Begründung des BAG hinaus. Dennoch ist die Auffassung Nikischs insoweit

138. BAG 10.11.1955 AP Nr. 2 zu § 611 BGB
"Beschäftigungspflicht"

139. Nikisch § 38 I

bemerkenswert, als er eine "Treuepflicht im Arbeitsverhältnis" als Oberbegriff für die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die Treuepflicht des Arbeitnehmers herausstellt. Aus diesem Oberbegriff zieht er dann als ein Grundelement die allgemeine Beschäftigungspflicht, deren Umfang und Grenzen sich aus Zumutbarkeitsabwägungen ergeben¹⁴⁰.

Bobrowski-Gaul¹⁴¹ bejahen grundsätzlich eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers, schränken diese aber gleichzeitig erheblich dadurch ein, daß neben dem Interesse des Arbeitnehmers, in dem von ihm erlernten Beruf gemäß der vereinbarten Verwendung im Betrieb tätig zu sein, auch geprüft werden müsse, ob eine derartige Beschäftigung nach der Art der Tätigkeit und der Person des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zumutbar sei. Für den Arbeitnehmer folge das Interesse an der Zuweisung einer konkreten Arbeitsaufgabe aus dem Umstand, daß ein Arbeitsverhältnis letztlich zu einem wesentlichen Teil des Lebensinhalts wird. Bobrowski-Gaul verweisen hierzu auf Art. 1 und 2 GG. Diesem begründeten Bedürfnis des Arbeitnehmers nach Entfaltung seiner Persönlichkeit müsse der Arbeitgeber im Rahmen der Zumutbarkeit Rechnung tragen. Bei dieser Zumutbarkeitsprüfung sollen sowohl besondere persönliche Verhältnisse des Arbeitnehmers wie auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie betriebliche Interessen

140. vgl. auch Nikisch in Festschrift für Nipperdey S. 65 ff. (82)

141. Bobrowski-Gaul F III Rdnr. 1, 2

Berücksichtigung finden¹⁴².

Maus¹⁴³ stellt zur Begründung der Beschäftigungspflicht auf den Zweck des Arbeitsverhältnisses ab. Der Zweck bestehe darin, daß dem Arbeitnehmer Arbeit zugewiesen werde und dieser die Arbeit sozusagen zweckgebunden in Erfüllung des Arbeitsvertrages ausführe.

Molitor¹⁴⁴ vertritt die Ansicht, die Entscheidung des BAG vom 10.11.1955 und die späteren Urteile hätten nur Zustimmung in der Lehre gefunden, so daß der Anspruch auf Beschäftigung für die Bundesrepublik als geltendes Recht angesehen werden müsse.

Wiedemann¹⁴⁵ knüpft an das BGB an und leitet eine allgemeine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers aus dem Charakter des Arbeitsvertrages als gegenseitigem Vertrag her. In Fällen, in denen der Vertragspartner ein Interesse daran habe, daß seine Leistung in Anspruch genommen werde, überbürde das BGB dem Gläubiger zusätzlich zu seiner Obliegenheit eine Schuldnerpflicht, die Gegenleistung abzunehmen. Unter Bezugnahme auf die rechtsähnlichen Vorschriften der §§ 433 Abs. 2 BGB, 640 Abs. 1 BGB stelle sich die Beschäftigungspflicht als "Abnahmepflicht" des Arbeitgebers dar.

Indessen kann diese Auffassung in der rechtsdogmatischen Begründung schon deshalb

142. Bobrowski-Gaul D II Rdnr. 11

143. Maus S. 223 ff.

144. Molitor in : Landesreferate Hamburg S. 10 ff.

145. Wiedemann S. 62

nicht überzeugen, weil, wie oben¹⁴⁶ ausgeführt, sich der Gesetzgeber, ausgehend vom römischen Recht, für das Dienstvertragsrecht an der Sachmiete orientiert hat, für welche eine "Abnahmepflicht" des Mieters gerade nicht typisch ist.

Fabricius¹⁴⁷ sieht den jeweiligen Arbeitsvertrag in Verbindung mit Art. 1 und 2 GG und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) als tragfähige Grundlage für die Anerkennung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht an. Es erscheine berechtigt, eine gleichberechtigte Teilnahme aller, auch der Arbeitnehmer, an der Aufgabe der gemeinsamen Lebensbewältigung als rechtspolitische Forderung aus dem Sozialstaatsgedanken zum Zwecke der Verwirklichung eines materiellen Rechtsstaats zu begründen¹⁴⁸. In dieser Entwicklung spiegele sich der Gedanke des Schutzes der Menschenrechte (hier: Menschenwürde) und des Anspruchs auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ebenso wieder wie der Sozialstaatsgedanke. Grundrechte und Sozialstaatsprinzip müßten zur Ausfüllung von Lücken älterer Gesetze - hier des BGB - als Grundsätze zur Auslegung des bestehenden Rechts herangezogen werden. Der Arbeitgeber könne sich im Einzelfall über die allgemeinen Leistungsstörungsvorschriften und schließlich unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben, insbesondere der unzulässigen Rechtsausübung, gegen die Beschäftigungspflicht wehren.

146. vgl. oben Erster Teil B.I.2.

147. Fabricius ZfA 1972, 35 ff.

148. vgl. Müller DB 1956, 525 ff., 549 ff.;
a.A.: Fechner S. 12 ff.

Schniedermann¹⁴⁹ geht vom Wesen des Arbeitsverhältnisses aus. Dieses beinhalte die "personenrechtliche Teilhabe" am Betrieb, die als etwas "Körperschaftliches" aufzufassen sei. Einer echten Partnerschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer seien nämlich solche Rechte und Pflichten wesenseigen, bei deren Vorhandensein man erst von einer solchen Partnerschaft sprechen könne. Aus dem körperschaftlichen Einschlag des solcher Art aufgefaßten Arbeitsverhältnisses und der darin bestehenden echten Partnerschaft begründe sich die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers.

Schniedermann scheint sich bei dieser Betrachtungsweise aber selbst nicht sicher zu sein. Denn er versucht gleichzeitig, die allgemeine Beschäftigungspflicht auch noch mit der "Betriebszugehörigkeit" und dem "Recht am Arbeitsplatz" zu begründen¹⁵⁰. Der Anspruch auf Beschäftigung ergebe sich zwangsläufig aus dem Recht am Arbeitsplatz, denn letzteres sei ohne den ersteren nicht denkbar. Zum Schutz der Betriebszugehörigkeit gehöre auch der Schutz der berechtigten Interessen des Arbeitnehmers, Betriebsangehöriger zu werden, zu sein und sich dementsprechend zu betätigen. Diese eigentümliche Verbindung ganz unterschiedlicher Begriffe vermag indessen nicht zu überzeugen; sie kann nach Auffassung des Verfassers nicht zur dogmatischen Begründung einer Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers herangezogen werden.

149. Schniedermann (Diss.) S. 36

150. ders. S. 38, 39 ff.

Oftmals wird in der Literatur der Charakter des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis in den Vordergrund gestellt und als wesentliche Begründung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers herangezogen. Insoweit stimmt die Literatur mit den Grundsätzen des BAG überein¹⁵¹.

2. Kritische Stellungnahme

Diese einer allgemeinen Beschäftigungspflicht im Grunde positiv gegenüberstehenden Meinungen erschüttern mit ihren unterschiedlichen Begründungsversuchen und zahlreichen Einschränkungen die nach dem BAG-Urteil vom 10.11.1955 als gesichert geltende herrschende Meinung doch erheblich.

Es entstehen Unsicherheiten, weil keine hinreichend klaren und normativ abgesicherten Fragen gestellt werden. Eine "grundsätzliche" Anerkennung einer Beschäftigungspflicht kann derart gedeutet werden, daß nicht eine praeter legem entwickelte dispositive Rechtsnorm, eben die Verpflichtung zur tatsächlichen Beschäftigung, besteht, sondern lediglich ein rechtspolitisches Prinzip, das - um auf die Ebene einer Rechtsnorm gehoben zu werden - einer Interessenabwägung zwischen den Parteien bedarf.

151. Brox S. 52/53; Soergel-Siebert-Wlotzke § 611 Anm. 198 ff.; Immenkötter (Diss.) S. 48 ff.; Grub AR-Blattei D "Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers"; Söllner S. 209; Erman-Küchenhoff § 611 Anm. 175; Fabricius (Leistungstörungen) S. 17; Schaub § 110 II 1, II 2.;³⁻ Zöllner § 16 II 1; Hueck-Nipperdey (Grundriß) § 25 I 1; Hanau-Adomeit G IX 1; Bendasch § 59 Anm. 5 c; Schnorr v. Carolsfeld S. 241, 243; Staudinger-Nipperdey-Neumann Rdnr. 265 zu § 611 BGB; Gumpert BB 1961, 833 ff.; Hacker S. 49 ff.; Wiese ZfA 1971, 279; etwas seltsam Niederalft (S. 229), der die Grundlage für die Beschäftigungspflicht in § 75 Abs. 2 BetrVG sieht.

Wenn bei den verschiedenen Autoren der "Grundsatz" durch "überwiegende Interessen", durch Zumutbarkeitserwägungen oder durch das Fehlen subjektiver Interessen des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers als solche entscheiden, so bleibt doch offen, ob eine normative Bewertung dieser Interessen stattzufinden hat und welches ggfs. der Maßstab für die Bewertung dieser Interessen sein soll. Insgesamt gesehen erhält man durch die Formulierungen, wie sie aufgezeigt worden sind, eine "manipulierbare Manövrier-masse", mit der alles oder nichts begründet werden kann¹⁵². Bestehen unter den verschiedenen Meinungen schon unterschiedliche Auffassungen über die rechtspolitischen und normativen Grundlagen des Arbeitsverhältnisses überhaupt, so kann auch über die wertkausalen Anknüpfungspunkte der Beschäftigungspflicht keine hinreichende Klarheit und Einmütigkeit herrschen.

Einer der Kritiker dieser "herkömmlichen Auffassungen", Fabricius, freilich bietet mit seinem Rückgriff auf den Sozialstaatsgedanken eine Lösung, die ebenfalls gewissen Bedenken unterliegt. Er muß einen weiten Umweg über eine "tragfähige Wertungsgrundlage" der Art. 1, 2, 20 und 28 GG als Teile einer "objektiven Wertordnung" machen, die auch im Arbeitsrecht gelte. Ihm können aber dieselben Argumente entgegengesetzt werden wie dem BAG in puncto Art. 1 und 2 GG¹⁵³. Zudem spricht gegen die Heranziehung des Sozialstaatsprinzips der Art. 20

152. Fabricius ZfA 1972, 35 ff. (41)

153. vgl. oben Erster Teil C. III. (= S. 29 ff.)

und 28 GG die fehlende Konkretisierung dieses Prinzips¹⁵⁴.

Zur Unsicherheit der rechtlichen Konstruktion trägt auch der Umstand bei, daß ein eindeutiger Nachweis, daß der Arbeitsvertrag oder aber auch das in Vollzug gesetzte Arbeitsverhältnis ein rechtlich anerkanntes Gemeinschaftsverhältnis darstellen soll, bis heute noch nicht geführt worden ist¹⁵⁵. Man benützt den Gedanken eines Gemeinschaftsverhältnisses, der zur Zeit der Geltung des AOG durch dessen §§ 1 und 2 begründet war¹⁵⁶, lediglich als "Aufhänger", um die vermeintlich besondere, arbeitsrechtliche Treue- und Fürsorgepflicht begründen zu können.¹⁵⁷

Genausowenig ist der Nachweis erbracht, daß die Zuweisung von Arbeit tatsächlich der ausschließliche Hauptzweck des Arbeitsverhältnisses sei¹⁵⁸. Die Zuteilung von Arbeit ist gemäß dem erstrebten Zweck eines jeden Vertragspartners nur Mittel zum Zweck. Und keinesfalls ist erwiesen, daß aus dem Arbeitsverhältnis in der von Maus angenommenen Zweckbestimmung eine Rechtspflicht zur Beschäftigung folgen soll. Es ist allerdings einzuräumen, daß die vom Gesetzgeber, sei es unbewußt, sei es bewußt unterlassenen Anordnung einer Beschäftigungspflicht geradezu herausfordert zu den

154. Das LAG Düsseldorf (DB 1974, 2112) spricht insoweit von einem "fragwürdigen Konstruktionsversuch einer vertraglichen Beschäftigungspflicht"

155. Schwerdtner S. 40 ff.; Fabricius (Leistungsstörungen) S. 54 - 56, 58 ff.

156. vgl. oben Erster Teil B. I. 3.

157. vgl. Fabricius ZfA 1972, 35 ff. (43)

158. so aber Maus S. 223 ff.; ders. in Handbuch des Arbeitsrechts S. 68 ff.

verschiedensten Versuchen einer rechtlichen Begründung der allgemeinen Beschäftigungspflicht. Dieser Herausforderung konnte sich auch der Verfasser nicht entziehen¹⁵⁹.

II. Ablehnende Meinungen zur allgemeinen Beschäftigungspflicht

1. Die wichtigsten Stimmen aus der Literatur

Die Tatsache, daß der Gesetzgeber des BGB eine Beschäftigungspflicht nicht ausdrücklich geregelt hat, gibt einigen Autoren Anlaß, eine allgemeine Beschäftigungspflicht abzulehnen.

Weber¹⁶⁰ verneint das Bestehen einer solchen Pflicht. Ausgehend von der Frage, ob ohne die Annahme einer solchen Pflicht ein ungeregelter, aber regelungsbedürftiger Rechtszustand herrscht, stellt Weber fest, daß die Interessen der Arbeitnehmer bei Nichtbeschäftigung durch die vorhandenen gesetzlichen Regelungen hinreichend abgesichert seien. Dem nicht beschäftigten Arbeitnehmer stehe ein Vergütungsanspruch aus § 615 BGB zu; er habe das Recht, fristlos zu kündigen (§ 626 BGB) und er könne, da die Kündigung durch ein schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers veranlaßt worden sei, gem. § 628 Abs. 2 BGB Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verlangen. Es bestehe deshalb eine ausreichende gesetzliche Regelung, auf die sich der Arbeitnehmer stützen könne¹⁶¹.

159. vgl. unten Erster Teil E. (= S. 57 ff.)

160. Weber BB 1974, 698 ff. (701, 702)

161. Auf diese Regelungen weist auch - trotz grundsätzlicher Bejahung der allgemeinen Beschäftigungspflicht - Nikisch hin (in: Festschrift für Nipperdey S. 65 ff. (82))

Nach Weber ist aber auch eine Art "besondere Beschäftigungspflicht" abzulehnen, von der man spreche, wenn der Arbeitnehmer ein "besonderes Interesse" an der Beschäftigung habe. Dieser etwa bei Schauspielern oder Ärzten angenommene besondere Beschäftigungsanspruch sei nämlich dem Einwand ausgesetzt, daß gerade in diesen Fällen auch der Arbeitgeber ein besonderes Interesse daran haben könne, den Arbeitnehmer zwar zu bezahlen, nicht aber zu beschäftigen. Dies werde bei Firmenmanagern oder Fußballtrainern ja auch so gehandhabt.

Hedderich¹⁶² spricht sich gegen eine allgemeine Beschäftigungspflicht aus, da die zahlreichen "sozialethischen Hinweise der Literatur auf den Charakter des Arbeitsverhältnisses" als personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis allesamt nicht darüber hinwegtäuschen dürften, daß letztlich der Arbeitsvertrag seinen rein schuldrechtlichen Charakter behalten habe.

Die Arbeit, wenn auch an die Person des Trägers gebunden, wird von Hedderich in erster Linie als ein wirtschaftliches Gut gesehen, das ebenso ein Produktionsfaktor sei wie das Kapital oder Rohstoffe¹⁶³. Für ihn bedeutet die Gewährung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs eine Aushöhlung der unternehmerischen Freiheit. Eine derartige

162. Hedderich (Diss.) S. 39 ff.

163. Hedderich ist Diplom-Kaufmann; seine Dissertation ist eine wirtschaftswissenschaftliche Arbeit

Begrenzung des Direktionsrechts könne nicht gutgeheißen werden, weil nach unserem derzeitigen Wirtschaftssystem die Leitung des Betriebes immer noch dem Arbeitgeber obliege.

Im übrigen sieht Hedderich für die Fälle, in denen die Nichtbeschäftigung aus Konkurrenzgründen erfolgt, um anderen Betrieben wertvolle Arbeitskräfte vorzuenthalten, oder in denen eine Schädigungsabsicht des Arbeitgebers die Triebfeder für die Nichtbeschäftigung darstellt, in den §§ 226 und 826 BGB einen ausreichenden Schutz des Arbeitnehmers.

Eine gewisse Sonderstellung unter den eine Beschäftigungspflicht ablehnenden Autoren nimmt Lepke¹⁶⁴ ein. Zunächst einmal macht er sich die Mühe, 97 einschlägige Urteile zu untersuchen, und stellt dabei fest, daß zahlenmäßig die meisten wissenschaftlich vorgebildeten sowie die höher qualifizierten und schwerbeschädigten Arbeitnehmer ihre tatsächliche Beschäftigung erstrebten. Bei den Arbeitnehmern künstlerischer Berufe standen Schadensersatzansprüche wegen Nichtbeschäftigung im Vordergrund. Hingegen machten die übrigen Arbeitnehmer Lohnansprüche geltend¹⁶⁵.

Dieses Ergebnis brachte Lepke auf den Gedanken, die Beschäftigungspflicht nur in besonderen Fällen zu bejahen, nämlich dann, wenn der betreffende Arbeitnehmer ein besonders

164. Lepke (Diss.) und DB 1975, 498 ff.

165. Lepke (Diss.) S. 14 ff. (19)

intensives Beschäftigungsinteresse für sich in Anspruch nehmen kann. Sein Ergebnis faßt er wie folgt zusammen¹⁶⁶:

"Wenn und soweit ein beachtliches Beschäftigungsinteresse vorhanden ist, hat jeder Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, nicht nur die vereinbarte Vergütung zu erhalten, sondern auch tatsächlich beschäftigt zu werden. Für die Beurteilung der Erheblichkeit des Beschäftigungsinteresses sind allein die Umstände des Einzelfalles maßgebend. In aller Regel steht Arbeitnehmern, die nur einfache Arbeiten verrichten, die eine besondere Vor- und Ausbildung nicht erfordern, wegen des Fehlens eines Beschäftigungsinteresses ein Beschäftigungsanspruch nicht zu. Im Einzelfall kann jedoch auch für diese Arbeitnehmer ein Beschäftigungsanspruch anerkannt werden".

Mit der Rechtsgrundlage freilich tut sich auch Lepke schwer; nach vielerlei Erörterungen neigt er dazu, daß als Anspruchsgrundlage für einen Beschäftigungsanspruch die "arbeitgeberische Fürsorgepflicht in Betracht kommt".

Auch Reitmeier¹⁶⁷ hat mit Hinweis auf die gesetzlichen Regelungen der §§ 611 ff. BGB eine allgemeine Beschäftigungspflicht abgelehnt. Adomeit¹⁶⁸ vertritt ohne nähere Begründung die Auffassung, es bestehe keine allgemeine Beschäftigungspflicht.

2. Kritische Stellungnahme

Wenn Weber dem nicht beschäftigten Arbeit-

166. Lepke (Diss.) S. 148

167. Reitmeier (Diss.) S. 120 ff.

168. Adomeit DB 1971, 2360 ff.

nehmer nur den Vergütungsanspruch nach § 615 BGB und das Recht zur fristlosen Kündigung, verbunden mit einem etwaigen Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB, zusprechen will, so ist dies sicherlich keine Lösung eines materiellen Rechtsproblems. Die Argumentation, jemand könne sich ja mit rechtlichen Mitteln wehren, kann keine zufriedenstellende Antwort zu der Frage geben, ob und aus welchem Grunde es denn überhaupt notwendig ist, sich zu wehren. Im übrigen läge es doch bei einer solchen Argumentation nahe, erst einmal den Erfüllungsanspruch zu geben, bevor man auf einen Schadensersatzanspruch oder andere Folge-rechte wie z.B. die fristlose Kündigung, übergeht. Hier stimmt etwas nicht, und Lepke¹⁶⁹ weist genau darauf hin; ein Schadensersatzanspruch wäre nur dann zu begründen, wenn man eine entsprechende Pflicht des Arbeitgebers zur Beschäftigung annimmt; denn bestünde keine Vertragspflicht, dann könnte der Arbeitgeber eine solche gar nicht (schuldhaft) verletzen.

Die von Hedderich - aus seiner Sicht als Wirtschaftswissenschaftler verständlicherweise - geäußerte Befürchtung, ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch könne zu einem Einbruch in die betriebliche Verantwortungssphäre des Arbeitgebers führen, ist nach Auffassung des Verfassers nicht geeignet, als rechtliche Überlegung für eine Ablehnung der Beschäftigungspflicht zu dienen. Denn die zweifellos vorhandenen wirtschaftlichen Belastungsfaktoren

169. Lepke DB 1975, 498 ff. (501)

lassen sich ohne weiteres auf ein erträgliches Maß reduzieren, wenn man die von der Rechtsprechung und herrschenden Meinung in der Literatur gesetzten Maßstäbe der Zumutbarkeit bzw. eines überwiegenden Interesses richtig handhabt. Man sollte doch einmal in Erinnerung bringen, daß nicht einmal die Befürworter eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs sich für einen solchen ohne jegliche Schranken ausgesprochen haben.

Soweit Hedderich auf den rein schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses als bloßes Austauschverhältnis abhebt, ist dies zwar ein zutreffender Gesichtspunkt. Dennoch muß man, wie noch aufgezeigt werden soll¹⁷⁰, anerkennen, daß sich nach Vollzug des Arbeitsvertrages neben den Hauptpflichten noch andere Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bilden, die - ohne einmal den Charakter des Arbeitsverhältnisses als etwas unklares "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" anzusprechen - doch Berücksichtigung finden müssen, wenn man einen Beschäftigungsanspruch erörtert.

Lepke hat zweifellos die interessanteste Lösung gefunden. Das Vorliegen eines "beachtlichen Beschäftigungsinteresses", das sich mit steigender Ausbildung des einzelnen Arbeitnehmers verstärkt, soll maßgeblich sein für die Entscheidung über den Beschäftigungsanspruch. Dieses Ergebnis kann zwar kaum widerlegt werden; allerdings sind dennoch einige Unsicherheiten in diesem Konzept eingebaut: was muß man unter "einfachen" Tätig-

170. vgl. unten Erster Teil E. I. (= S. 57 ff.)

keiten verstehen, die zu einem Beschäftigungsinteresse keinen Anlaß bieten, und wann bzw. mit welcher Vor- und Ausbildung beginnt das Beschäftigungsinteresse ? So einfach die Lösung klingt, so kompliziert wird sie dann, wenn man sie in der Praxis nachvollziehen will. Bedenkt man, daß heutzutage die meisten Tarifverträge Richtbeispiele und Umschreibungen für Tätigkeiten einfacherer, mittlerer oder erheblicher Schwierigkeitsgrade beinhalten¹⁷¹, so drängt sich doch geradezu die Frage auf, wo denn nun das Beschäftigungsinteresse beginnt, etwa zwischen Lohngruppe II und III oder bei Gehaltsgruppe K 2 oder K 3 oder wo auch immer ? Wenn für die Beurteilung der Erheblichkeit des Beschäftigungsinteresses nach Lepke allein die Umstände des Einzelfalls maßgebend sein sollen, so ist dies nach Meinung des Verfassers noch nicht die ideale Abgrenzungsmöglichkeit; vielmehr wird lediglich die Frage der Beurteilung eines solchen Beschäftigungsinteresses letztlich in die Verantwortung der Arbeitsgerichte abgeschoben.

III. Zusammenfassung

Es ist festzustellen, daß heute im Anschluß an die Rechtsprechung des BAG die allgemeine Beschäftigungspflicht weitgehend, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung,

171. vgl. z.B. MTV für die gewerblichen Arbeitnehmer und die Angestellten in der Kunststoffverarbeitenden Industrie Hessens vom 1.11.1977 § 9;
vgl. z.B. Lohn- und Gehaltsrahmenabkommen für die chemische Industrie des Landes Hessen vom 1.4.1978 § 3

Anerkennung gefunden hat, jedenfalls dann, wenn das Arbeitsverhältnis noch intakt und eine Kündigung nicht ausgesprochen worden ist.

Gleichwohl kann entgegen der Ansicht Molitors¹⁷² nicht gesagt werden, daß nun, nachdem die Entscheidung des BAG vom 10.11. 1955 nur Zustimmung gefunden habe, der Anspruch auf Beschäftigung für die Bundesrepublik als geltendes Recht angesehen werden müsse. Konnte seinerzeit schon nicht von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des allen Arbeitnehmern zustehenden Beschäftigungsanspruchs gesprochen werden, so hat auf jeden Fall in den letzten Jahren die wieder stärker vertretene Gegenmeinung für Nachdenklichkeit bei der Erörterung des Problems "Beschäftigungspflicht" gesorgt.

Wenn man die Argumente untersucht und gegeneinander abwägt, so spricht viel für die Anerkennung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs, insbesondere dann, wenn man akzeptiert, daß das "Gebilde" Arbeitsverhältnis nicht nur mit den wenigen Bestimmungen der §§ 611 ff. BGB, sondern auch mit aus dem Sinn des Arbeitsverhältnisses entwickelten weitergehenden Pflichten inhaltlich ausgefüllt wird.

Die im November 1970 von der Bundesregierung eingesetzte Arbeitsgesetzbuchkommission hat unter Leitung vom Prof. Wilhelm Herschel den im Dezember 1976 veröffentlichten

172. Molitor in: Landesreferate Hamburg S. 10 ff. und S. 284 - anders noch in Anm. zu AP 1951

Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Vertragsrecht - in § 29 einen "Anspruch auf Beschäftigung" vorgeschlagen.

Die Bestimmung des § 29 Abs. 1 des Entwurfs lautet:

"Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber verlangen, ihn im Rahmen seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung zu beschäftigen, es sei denn, die Beschäftigung ist dem Arbeitgeber aus dringenden betrieblichen Gründen oder aus in der Person oder im Verhalten liegenden Gründen nicht zumutbar. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entrichtung des Arbeitsentgelts richtet sich nach § 52"¹⁷³

Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) hat zu diesem Beschäftigungsanspruch wie folgt Stellung genommen:

Der Beschäftigungsanspruch eines Arbeitnehmers muß seine Grenze dort haben, wo ein vorrangiges betriebliches Interesse an seiner Nichtbeschäftigung besteht. Zumutbarkeitserwägungen können dabei nicht angestellt werden. Die Freistellung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts kann als Minus gegenüber einer ordentlichen Kündigung nicht ebenso strengen Voraussetzungen unterliegen, wie sie für die Zulässigkeit der Kündigung erforderlich sind¹⁷⁴.

Damit treten erneut zwei unterschiedliche Meinungen zur Bewertung des Beschäftigungsanspruchs zutage. Nach Auffassung des Verfassers kann man die rechtliche Untersuchung der Beschäftigungspflicht dadurch praxisnäher

173. Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Entwurf S. 51; § 52 des Entwurfs betrifft: "Arbeitsentgelt bei Nichtbeschäftigung"

174. BDA, Stellungnahme S. 18

und transparenter gestalten, wenn man sich einmal auf den Willen des Gesetzgebers des Bürgerlichen Gesetzbuchs besinnt und gleichzeitig die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt. Dies soll nachfolgend aufgezeigt werden.

E. Rechtsdogmatische Grundlage der Beschäftigungspflicht

Die Arbeitskraft als Bestandteil der Persönlichkeit findet ihre Wesenserfüllung regelmäßig im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Während bei den sachbezogenen Geschäften äußere Dinge, wie Ware und Geld, im Vordergrund des Interesses stehen, erfaßt das Arbeitsverhältnis als personenbezogenes Rechtsverhältnis, ohne daß es deshalb seine Austauschfunktion verliert¹⁷⁵, den Arbeitnehmer unmittelbar in seiner ganzen Person.

Die besondere Eigenart der Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zeigt sich deutlich in der herrschenden Auffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses als ein auf gegenseitiger Treue beruhendes personenrechtliches oder doch personenbezogenes Verhältnis¹⁷⁶. Ob diese Betrachtungsweise aber ausreicht, um eine Rechtsgrundlage für die allgemeine Beschäftigungspflicht zu bilden, ist zweifelhaft.

175. vgl. etwa BAGE 8, 143 ff. (146)

176. Hueck-Nipperdey § 22 II 1; Nikisch § 19 II 6; vgl. aber oben Fußn. 53 mit den kritischen Stimmen der dort genannten Autoren

I. Bedeutung der Begriffe "personenrechtlicher Austauschvertrag" und "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" für die allgemeine Beschäftigungspflicht

1. Der Arbeitsvertrag als personenrechtlicher Austauschvertrag

Der Arbeitsvertrag ist ein personenrechtlicher Austauschvertrag¹⁷⁷. Die h.M. will mit dieser Qualifizierung des Arbeitsvertrages kennzeichnen, daß der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in Person und in persönlicher Abhängigkeit leistet und damit seine Persönlichkeit in ganz anderer und weitergehender Weise als bei der Erbringung einer Sachleistung erfaßt wird. Trotz dieses personenrechtlichen Einschlags ist es dennoch ein ebenfalls den Vertrag beherrschender Grundgedanke, daß er eingegangen wird um der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers willen. Das Arbeitsverhältnis ist auf dem wirtschaftlichen Austausch der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gegen die Vergütung des Arbeitgebers aufgebaut. Insofern stellt das Arbeitsverhältnis einen synallagmatischen Vertrag dar¹⁷⁸.

Die so gesehene Struktur des Arbeitsvertrages hat zur Folge, daß die Regeln des BGB über die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Dienstberechtigtem und Dienstverpflichtetem zur Anwendung kommen. Selbst wenn die schuldrechtlichen Bestimmungen der §§ 241 ff., 611 ff. BGB

177. BAG AP Nr. 2 zu § 616 BGB Gründe Blatt 6; BAG AP Nr. 15 zu § 242 BGB "Gleichbehandlung" unter 3.a. der Gründe; BAGE 4, 326 ff. (330); BGHZ 21, 112 ff. (114); Palandt-Putzo Einf. vor § 611 Anm. 1 d

178. BAGE 1, 338 ff. (340); Wiedemann S. 9 ff.; Nikisch § 19 I 3; Schnorr v. Carolsfeld S. 160 ff.

- sei es direkt oder zwischen den Zeilen -
Hinweise auf einen besonderen personenrechtlichen
Einschlag des "Gebildes" Arbeitsverhältnis
geben, so läßt sich doch feststellen, daß
sie weder direkt noch indirekt zur Begründung
einer allgemeinen Beschäftigungspflicht heran-
gezogen werden können.

Soweit Franke zu diesem Zweck auf die Vor-
schrift des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB abstellt
und vorträgt¹⁷⁹, die Nichtbeschäftigung sei
eine unbillige und deshalb unverbindliche
Entscheidung des Arbeitgebers, so daß an die
Stelle der nicht erfolgten Erklärung des
Arbeitgebers über die Beschäftigung des Arbeit-
nehmers dann eine gerichtliche Entscheidung
treten müsse, kann dem nicht gefolgt werden.
Denn § 315 BGB setzt bereits das Bestehen
einer Leistungspflicht überhaupt voraus; solange
aber das Bestehen einer Beschäftigungspflicht
als Schuldnerpflicht nicht nachgewiesen ist,
kann § 315 BGB nicht zur Anwendung kommen¹⁸⁰.

Auch Wiedemann hat den Charakter des Arbeits-
vertrages als gegenseitiger Vertrag zum Anlaß
genommen, eine allgemeine Beschäftigungspflicht
des Arbeitgebers zu bejahen. Ohne nähere
Erörterung führt Wiedemann aus:

"In Fällen, in denen der Vertragspartner
ein Interesse hat, daß seine Leistung in
Anspruch genommen wird, überbürdet das
BGB dem Gläubiger zusätzlich zu seiner
Obliegenheit eine Schuldnerpflicht, die
Gegenleistung abzunehmen, und zwar je
nach dem Grad des Interesses des Vertrags-
partners eine Haupt- oder Nebenpflicht
(§§ 433 Abs. 2, 640 BGB). Hier stoßen wir

179. Franke S. 96 ff.

180. Lepke (Diss.) S. 112 f.

auf eine für den Arbeitsvertrag typische Rechtsfigur. Die Beschäftigungspflicht stellt sich als 'Abnahmepflicht' des Arbeitgebers dar"¹⁸¹.

Diese Aussage wird durch die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Vorschriften der §§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1 BGB widerlegt. Unabhängig davon, daß diese oder ähnlich strukturierte Vorschriften im Bereich des Dienstvertragsrechts ja gerade fehlen, worauf schon oben hingewiesen wurde¹⁸², berücksichtigen die §§ 433 Abs. 2 und 640 Abs. 1 BGB vor allem das Bestreben des Verkäufers bzw. Unternehmers, unter vermögensrechtlichen Gesichtspunkten die endgültige Abwicklung der Geschäfte herbeizuführen. Ein solches Interesse aber ist bei den Dienstverpflichteten generell nicht erkennbar¹⁸³.

Der an sich auf den ersten Blick noch naheliegenden analogen Anwendung der §§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1 BGB¹⁸⁴ lassen sich zwei gewichtige Argumente entgegenhalten: Grundsätzlich sind nur körperliche Sachen, nicht aber immaterielle "Werke" abnahmefähig¹⁸⁵, zum anderen hat der Unternehmer, wie aus dem jederzeitigen Kündigungsrecht des Bestellers folgt (§ 649 BGB), gar kein Recht auf die tatsächliche Herstellung des Werkes. So wird denn auch von Hueck-Nipperdey deutlich gesagt¹⁸⁶, daß - da das BGB den Arbeitsvertrag zu den Dienstverträgen rechnet und diese im Schuldrecht

¹⁸¹. Wiedemann S. 62

¹⁸². vgl. oben Erster Teil B. I. 2. (= S. 13 f.)

¹⁸³. vgl. Lepke (Diss.) S. 108 f.

¹⁸⁴. so z.B. Finkelstein S. 39; Reitmeier S. 112

¹⁸⁵. Staudinger-Riedel § 640 Anm. 14; Soergel-Siebert-Mühl § 640 Rdnr. 1

¹⁸⁶. Hueck-Nipperdey § 22 III a.E.

geregelt hat - von den Normen des Schuldrechts als maßgebend ausgegangen und von ihnen nur dann abgewichen wird, wenn die Notwendigkeit der Abweichung wirklich dargetan ist. Dies mag bei einzelnen Vorschriften der §§ 275 ff, 320 ff. BGB der Fall sein¹⁸⁷; für die Übernahme der kaufrechtlichen Abnahmepflicht in den Bereich der §§ 611 ff. BGB aber fehlt der Nachweis einer solchen Notwendigkeit.

Die Entstehungsgeschichte des BGB zeigt, daß der Gesetzgeber den Dienstvertrag am reinen Austauschvertrag ausgerichtet hat, er ferner die komplexen Zusammenhänge eines Arbeitsverhältnisses im arbeitsteilig-industrialisierten Betrieb noch nicht hinreichend erkannt hat - das bestätigen die Ausführungen in den Protokollen¹⁸⁸ -, so daß es zu Sonderregelungen wie bei den Vorschriften der §§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1 BGB im Dienstvertragsrecht nicht gekommen ist. Die angeführten Sonderregelungen bestätigen andererseits wieder, daß der Dienstvertrag als reiner Austauschvertrag gedacht war.

Als ein Vorgang, der sich in Raum und Zeit sowie in seiner funktionell-logischen Ebene nur fortschreitend vollziehen kann und dem deshalb entsprechende Pflichten zuzuordnen sind, ist das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis schon in seiner Grundstruktur ein Prozeß, ein Gefüge. Dieses Gefüge kann nicht auf eine schlichte einzelne Pflicht des

187. vgl. dazu ausführlich Fabricius (Leistungsstörungen) S. 74 ff. (79)

188. vgl. Mugdan S. 900 ff.

Schuldners, die eventuell mit einer korrespondierenden Leistungspflicht des Gläubigers im Synallagma steht, zurückgeführt werden. Folgerichtig kann beispielsweise - wie schon oben angedeutet¹⁸⁹ - auch eine unbeschränkte Anwendung der §§ 320 ff. BGB, die auf schlichte Austauschverhältnisse zugeschnitten sind, nicht in Betracht kommen. Fabricius, der das Arbeitsverhältnis als "schuldrechtliches, auf den Austausch von Diensten gegen Entgelt hin angelegtes, sich stufenweise vollziehendes Organisationsverhältnis" umschreibt, hat ausführlich aufgezeigt, daß die §§ 320 ff. BGB nicht für eine Begründung der Beschäftigungspflicht in Betracht kommen¹⁹⁰.

Damit ist als Ergebnis festzuhalten, daß mit dem Hinweis auf den personenrechtlichen Einschlag des Arbeitsvertrages eine juristische Grundlage einer allgemeinen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers nicht konstruiert werden kann. Zumindest findet sich keine Vorschrift, die allein wegen ihres vielleicht personenrechtlichen Einschlags im Rahmen des Dienstvertragsrechts als tragfähige Basis einer allgemeinen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers in Betracht käme.

2. Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis

Die Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis¹⁹¹ wird oftmals als ausreichende

189. vgl. soeben S. 61 sowie Fußn. 187

190. Fabricius (Leistungsstörungen) S. 18 ff., 74 ff.

191. vgl. z.B. BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht" unter II. der Gründe; Hueck-Nipperdey § 22 II; Nikisch § 5 I 3

Grundlage für die Anerkennung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht gewertet. Dieser Betrachtungsweise kann nach Auffassung des Verfassers nicht gefolgt werden.

Es muß noch einmal betont werden, daß das BGB von einem gegenseitigen Austauschvertrag ausgeht¹⁹²; dieser ist weder Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) noch Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB). Es muß auch bezweifelt werden, ob es zweckmäßig ist, den Arbeitsvertrag soziologisch zu den Gemeinschaftsverträgen zu zählen. Denn hierdurch wird nicht nur der Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern verschleiert, sondern es werden auch soziale Veränderungen verkannt¹⁹³.

Es darf wohl zugegeben werden, daß der Gesetzgeber im Hinblick auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs tatsächlich zu sehr in rein schuldrechtlichen Vorstellungen befangen gewesen ist und es der Aktivität eines Otto v. Gierke bedurfte, um überhaupt einige deutsch- und damit personenrechtliche Gedanken in das Dienstvertragsrecht einzubringen¹⁹⁴. Seitdem haben sich aber große Wandlungen auf diesem Gebiet vollzogen¹⁹⁵, und die Bedeutung der personenrechtlichen Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsvertrag wird heute allgemein anerkannt. Man sollte jetzt nicht in das andere Extrem verfallen und die Tatsache ignorieren, daß der schuldrechtliche Charakter des Arbeitsvertrages im wesentlichen erhalten geblieben ist¹⁹⁶.

192. vgl. oben E. I. 1.

193. Schaub § 29 I 4

194. v. Gierke S. 590 ff.; Jobs ZfA 1972, 305 ff.

195. Hueck-Nipperdey § 22 II

196. Hedderich S. 47

Sozialethische Betrachtungen über den Wert der Arbeit sind sicherlich berechtigt, aber sie ändern nichts daran, daß im Arbeitsvertrag nach wie vor auf der einen Seite Arbeit und auf der anderen Seite Lohn im weiteren Sinne geschuldet werden. Wenn man einen solchen schuldrechtlichen Vertrag dann nur so akzeptieren will, daß man das mit diesem Vertrag geschaffene "Gebilde Arbeitsverhältnis" nur unter Heranziehung der Art. 1 und 2 GG sowie der besonderen Schutzpflichten sieht, so verkennt man vielleicht doch etwas die Realität des Wirtschaftslebens.

Denn die betriebliche Realität ist nicht durch eine organisch gewachsene, sondern durch eine künstlich geschaffene, vom Gedanken betriebswirtschaftlicher Zweckmäßigkeit beherrschte Organisation gekennzeichnet. Gewiß gibt es wechselseitige Abhängigkeiten zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages in einem Betrieb; doch stößt die Vorstellung einer familienähnlichen personalen Funktion des Betriebs in der betrieblichen Realität auf unüberwindlichen Widerstand¹⁹⁷.

Man muß deshalb die Qualifizierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis nicht gleich als "ideologische Verstiegenheit" abtun, die "nicht nur das geltende Recht verkenne, sondern sich auch über soziologische Strukturen hinwegsetze"¹⁹⁸ oder mit Wiedemann feststellen¹⁹⁹: "Von allen Bezeichnungen, die man dem Arbeitsverhältnis beifügt, ist die Umschreibung als 'personen-

197. Reuter RdA 1978, 344 ff. (349)

198. Schwerdtner § 7 (= S. 40 ff.); Wolf DB 1971, 1863

199. Wiedemann S. 36; vgl. auch Schwerdtner § 10 II (= S. 85/86)

rechtliches Gemeinschaftsverhältnis' füglich die dunkelste zu nennen; deshalb wird sie auch am meisten gebraucht", aber es hieße doch das Kräfteverhältnis zwischen den Elementen des Arbeitsvertrages zu verkennen, wenn man "die personenrechtliche Seite allzu stark hervorkehrt und die schuldrechtliche gewissermaßen nur so mit dreingehen läßt"²⁰⁰.

Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis wird oft zitiert, wenn es darum geht, auf den Inhalt der geschuldeten Leistung ein besonderes Licht zu werfen: der Arbeitnehmer ist zum persönlichen Einsatz verpflichtet; er muß den Vertrag selbst erfüllen, mit allen seinen Kräften und so gut er es vermag. Nur darf man dabei nicht übersehen, daß das Gleiche für alle Dienstleistungen, je nach den Umständen auch für Leistungen aus einem Werkvertrag, z.B. für Verträge mit Ärzten oder Architekten, gilt. "Die Art der Leistung bildet keine Eigentümlichkeit des Arbeitsvertrages, sondern die Umstände, unter denen sie erbracht wird"²⁰¹. Diese Überlegung führt zu einer Klassifizierung der Schuldverträge in sachbezogene und personenbezogene Austauschverhältnisse²⁰². Das personenrechtliche Merkmal bedingt teilweise vom Gütertausch abweichende Regeln: Die Leistung muß in Person erbracht werden, der Gläubiger muß auf die Person des Schuldners gebührende Rücksicht nehmen, der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar (§ 613 Satz 2 BGB) u.s.w.. Wenn man diese Besonderheiten des

200. Nikisch (2. Aufl.) S. 50; vgl. Ramm JZ 1968, 479, 480

201. Wiedemann S. 36/37

202. Farthmann RdA 1960, 5 ff. (7 ff.); Erman-Küchenhoff vor § 611 Anm. 1 a, b

Arbeitsvertrages ins Feld führt und daraus Rechtsfolgen herleiten will, so soll damit im Grunde nur auf die Schutzbedürftigkeit des abhängigen Lohnarbeiters verwiesen, also ein konkretes Ergebnis aus dem allgemeinen Schutzprinzip entwickelt werden. Diese Schutzbedürftigkeit läßt sich aber nicht aus dem bloßen Faktum der Fremdbestimmtheit der Tätigkeit oder daraus gewinnen, daß die menschliche Dienstleistung zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses wird. Auch der Ansicht, daß der Arbeitnehmer nicht bloß einen Vertrag über Arbeitsleistung abschließe, sondern in den Dienst des Arbeitgebers trete, und sich mit einem wesentlichen Teil seiner Persönlichkeit in das Rechtsverhältnis hineinstelle²⁰³, kann man nur bedingt folgen. Von einem personenrechtlichen Verhältnis kann man nur dann sprechen, wenn der in die vertragliche Konstruktion eingebundenen Person subjektive Rechte auf Dauer anhaften oder die ganze Person von den Pflichten erfaßt wird (wie z.B. beim Beamtenverhältnis).

Letztlich mag der Charakter des Arbeitsverhältnisses in seiner rechtsphilosophischen oder moralischen Qualifizierung dahinstehen. Es dürfte aber klar sein, daß das Arbeitsverhältnis sicherlich aus einer Art "Pflichtgebundenheit" der beiden Vertragspartner heraus personenrechtliche Züge trägt, und zwar entweder deshalb, weil der Arbeitnehmer seine ganze Arbeitskraft zur Verfügung stellt oder weil er nach Weisung arbeiten muß oder weil er zu einem Gemeinschaftsverhalten verpflichtet ist.

203. Siebert RdA 1956, 13 ff. (14); Böttcher RdA 1955, 321 f. (322)

Man sollte aber, wie Wiedemann zu Recht ausführt²⁰⁴, direkt auf den Schutzcharakter des Arbeitsvertrages oder die Fürsorgepflicht zurückgreifen als auf eine vorgeblich so starke personale Struktur und Gemeinschaftsbindung. Eigene Rechtswirkungen vermögen sich jedenfalls aus den beiden letztgenannten Begriffen nicht ziehen lassen. Sie sind sowohl im gewöhnlichen Sprachgebrauch wie auch in der Rechtswissenschaft nicht eindeutig; es ist schon häufig darauf hingewiesen worden, daß es bisher nicht gelungen ist, den Begriff "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" so klar und scharf herauszuarbeiten, daß lediglich aus der Kennzeichnung eines Verhältnisses als personenrechtlich praktische Folgen hätten gezogen werden können²⁰⁵.

II. Die Fürsorgepflicht als arbeitsrechtliche Anspruchsgrundlage

Ausgehend von der oben erörterten Feststellung, daß es eine "Abnahmepflicht" im Dienstvertragsrecht nicht gibt und sich auch aus den besonderen, auf dem Wesen des Arbeitsverhältnisses beruhenden Begriffen keine konkreten Aussagen im Hinblick auf eine Beschäftigungspflicht ergeben, bietet sich eine Heranziehung der Fürsorgepflicht an, sofern sie begrifflich und systematisch als Anspruchsgrundlage geeignet ist.

1. Fürsorgepflicht als Ausprägung des § 242 BGB

Wie im allgemeinen Schuldrecht Treu und Glauben gemäß § 242 BGB den Maßstab dafür bilden,

204. Wiedemann S. 39 f.

205. vgl. Hueck-Nipperdey § 22 II 2 mit Fußn. 9 a

wie die geschuldete Leistung zu erbringen ist, so übernimmt im Arbeitsverhältnis die Treuepflicht die entsprechende Funktion. Wie aber Treu und Glauben sich nicht auf diese im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Aufgabe beschränken, sondern ihre Bedeutung nach heute allgemein anerkannter Auffassung eine weit umfassendere ist, und sie die Grundlage für weitere für den Schuldner und auch den Gläubiger erwachsende Pflichten bilden, wie Schutz- und Obhutspflichten, Mitwirkungs-, Anzeige-, Auskunfts- und Erkundigungspflichten, so gilt dasselbe für die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Die gesetzliche Grundlage der Fürsorgepflicht wird deshalb in § 242 BGB erblickt²⁰⁶. Man muß sich dabei verdeutlichen, daß das, was Treu und Glauben im Rahmen eines Rechtsverhältnisses verlangen, nach der Art des Rechtsverhältnisses sehr verschieden sein kann und daß die zu stellenden Anforderungen um so größer werden, je enger die Beziehungen der Beteiligten sind²⁰⁷; dies gilt in besonderem Maße für das Arbeitsverhältnis.

2. Fürsorgepflicht als ergänzende Rechtsgrundlage

Die Fürsorge ist die wichtigste Form, in der sich die Treuepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer äußert. Vom Gesetz nur in einzelnen Erscheinungsformen geregelt und lange als bloße Nebenpflicht des Arbeitgebers angesehen, ist sie erst allmählich in ihrer ganzen Breiten- und Tiefenwirkung erkannt worden.

206. Palandt-Putzo (37. Aufl.) § 611 Anm. 8

207. Hueck-Nipperdey § 48 I 1

Sie füllt den Raum aus, den die konkreteren Gestaltungsmittel nicht erfassen, worin sich aber ihre Bedeutung nicht erschöpft. Denn auch dort, wo die Rechtsstellung der Beteiligten im Arbeitsverhältnis durch Gesetze, kollektive Vereinbarungen oder arbeitsvertragliche Bestimmungen geregelt ist, vor allem aber im Bereich des Direktionsrechts des Arbeitgebers, greift die Fürsorgepflicht ein, wenn eben diese Regelungen der besonderen Lage des Einzelfalles nicht gerecht zu werden vermögen²⁰⁸.

Die Fürsorgepflicht ist zwar in einzelnen Fällen gesetzlich geregelt; doch ist ihr Inhalt darin keineswegs ausgeschöpft, sondern es können sich aus ihr auch noch weitere Einzelpflichten ergeben. Es ist deshalb grundsätzlich anerkannt, daß die Fürsorgepflicht im heutigen Arbeitsrecht Anspruchsgrundlage sein kann. Dies hat die Rechtsprechung zum Beispiel bei Sachschäden des Arbeitnehmers, die er bei der Arbeit erleidet²⁰⁹, bei Belehrungspflichten des Arbeitgebers²¹⁰ oder beim Schutz des Arbeitnehmers vor gesundheitlichen Gefahren²¹¹ herausgearbeitet.

Der Arbeitnehmer hat aus dieser Fürsorgepflicht heraus zunächst einen Anspruch auf Erfüllung, den er auch im Klageweg verfolgen kann. Praktische Bedeutung hat dieser Anspruch vor allem dort, wo er auf Herstellung eines bestimmten Zustandes oder auf ein wiederkehrendes Tun oder Unterlassen gerichtet ist²¹². Die aus der Fürsorgepflicht abgeleiteten Einzelpflichten

208. Nikisch § 36 I 1

209. vgl. BAG AP Nr. 72 zu § 611 BGB "Gefährdungshaftung"

210. vgl. BAG AP Nr. 76 zu § 611 BGB "Fürsorgepflicht"

211. BAG AP Nr. 15 zu § 618 BGB

212. Nikisch § 36 V 1

sind immer solche, die der Arbeitgeber nach den unser Arbeitsleben beherrschenden Anschauungen entweder allgemein oder bei der besonderen Sachlage auf sich nehmen muß. Es ist zu prüfen, ob tatsächliche schutzwürdige Belange des Arbeitnehmers, die in ihrer Gewichtung als für die Person des Arbeitnehmers bedeutsam erscheinen müssen, zu der Konkretisierung einer solchen aus der Fürsorgepflicht erwachsenden Einzelpflicht führen²¹³.

Der Grundsatz lautet dabei, daß die allgemeine Fürsorgepflicht wie der Grundsatz von Treu und Glauben das gesamte Arbeitsverhältnis durchdringt und dem Arbeitgeber gebietet, vermeidbare Schäden vom Arbeitnehmer abzuwenden, indem sie ihm Aufklärungs- und Schutzpflichten auferlegt, sowie die Interessen des Arbeitnehmers bei allen ihn berührenden Maßnahmen in zumutbarer Weise zu berücksichtigen²¹⁴.

3. Fürsorgepflicht in der Systematik des BGB

Schon lange vor der Entstehung des BGB war eine gewisse soziale Fürsorgepflicht des Dienstherrn anerkannt, so z.B. bei der Gesinde- miete und beim mittelalterlichen Zunftrecht des Meisters bei der Ausbildung eines Lehrlings²¹⁵. In den Vorberatungen der Kommissionen vor der Schaffung des BGB war man sich aufgrund des damaligen § 120 a GewO über das Bestehen einer Fürsorgepflicht einig. Bei den Beratungen der späteren §§ 616, 617 und 618 BGB hat diese

213. Schaub § 109 I, V

214. Sitzler in: AR-Blätter D "Fürsorgepflicht des Arbeitgebers" I

215. Hübner § 85 II 1, II 2

Fürsorgepflicht stets eine große Rolle gespielt²¹⁶. Der Gesetzgeber hat durchaus die besondere personenrechtliche Beziehung zwischen Dienstberechtigtem und Dienstverpflichtetem gesehen und einige Fälle zum Schutz des Letzteren ausdrücklich geregelt. Die Aufnahme der die privatrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers regelnden Vorschriften der §§ 616 ff. BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch war eine "gesetzgeberische Tat"²¹⁷. Der zwingende Charakter dieser Vorschriften (vgl. § 619 BGB) begründete eine besondere Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten, für das leibliche und geistige Wohl der von ihm beschäftigten Personen zu sorgen. Was an sich schon den Geboten der Moral und Menschlichkeit entspricht, ist zu einer im Wege des Prozesses erzwingbaren Rechtspflicht erhoben worden. Wenn diese Vorschriften auch heute im Hinblick auf die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses zu einem zwar schuldrechtlich fundierten, wesenhaft aber durch gegenseitige Treue und Fürsorge gekennzeichneten Arbeitsverhältnis nicht mehr als etwas Exzeptionelles erscheinen, so sind sie doch gerade innerhalb des BGB eine soziale Errungenschaft und als eine Betonung des deutschrechtlichen Gedankens der persönlichen Fürsorgepflicht besonders zu begrüßen²¹⁸. Es erscheint daher durchaus systemgerecht, die im Gesetz oder in sonstigen

216. Mugdan Protokolle zu § 562 b (= späterer § 618 BGB) = S. 905/906 und zu § 609 a (= späterer § 617 BGB) = S. 1287; ders. Denkschrift XIV Dienstvertrag zu § 559 (= späterer § 611 BGB) = S. 1287; Mitteis-Lieberich Kap. 53 II 3; Crome § 257 a 3 (= S. 643) und § 262 3 b (= S. 669); vgl. v. Gierke S. 620 ff.

217. Staudinger-Nipperdey-Neumann Vorbem. 1 zu §§ 617 - 619 BGB

218. vgl. Nikisch § 36 I 2

Bestimmungen besonders hervorgehobenen Fälle als Einzelanwendungen eines allgemeinen Grundsatzes anzusehen²¹⁹.

4. Notwendigkeit einer Konkretisierung der Fürsorgepflicht

Die Bejahung der das gesamte Arbeitsrecht vom Schutzgedanken her überlagernden Fürsorgepflicht und ihrer Funktion als mögliche Anspruchsgrundlage allein führt noch nicht zur rechtlichen Grundlage einer allgemeinen Beschäftigungspflicht. Denn bevor die Fürsorgepflicht Anspruchsgrundlage wird, muß sie inhaltlich aufgrund bestimmter, außerhalb ihrer selbst liegender tatsächlicher Umstände konkretisiert werden zu einem ganz bestimmten Einzelanspruch des Arbeitnehmers. Ausgehend von dem Inhalt des oben²²⁰ umrissenen Fürsorgegedankens muß unter Zuhilfenahme einer umfassenden Interessenabwägung festgestellt werden, ob tatsächlich im Einzelfall eine solche Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gegeben ist; wäre dies im Ergebnis der Fall, so wäre der Zugriff auf die solcherart konkretisierte Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage eröffnet. Die umfassende Interessenabwägung ist das Mittel zur Konkretisierung der Fürsorgepflicht im Hinblick auf eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers.

Die Arbeitsgesetzbuchkommission hat in § 69 des Entwurfs²²¹ die Fürsorgepflicht als

219. vgl. Hueck-Nipperdey § 48 I 1

220. vgl. oben E. II. 1. und 2. (S. 67 ff.)

221. vgl. oben D. III. (S. 55/56)

Grundsatz wie folgt vorgeschlagen:

"Der Arbeitgeber hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann".

Mit dieser Formulierung wird ebenfalls zum Ausdruck gebracht, daß die Fürsorgepflicht erst dann zu einer Anspruchsgrundlage konkretisiert wird, wenn eine Interessenabwägung aller für den jeweiligen Fall maßgeblichen tatsächlichen Umstände stattgefunden hat und dabei das Interesse des Arbeitnehmers an einer ganz bestimmten Handlung des Arbeitgebers überwiegt.

III. Die Interessenabwägung als Mittel der Konkretisierung der Fürsorgepflicht

Will man im Sinne des soeben zitierten § 69 des Entwurfs eine Abwägung zwischen den unterschiedlichen Belangen auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite, die jeweils ein überwiegendes Interesse an der Beschäftigung bzw. Nichtbeschäftigung zur Folge haben könnte, vornehmen, so stößt man bei der Bewertung dieser Belange auf ganz unterschiedliche Betrachtungsweisen.

In Rechtsprechung und Literatur galt bisher im wesentlichen die Faustregel, daß eine bezahlte Freistellung dann zulässig und rechters sei, wenn der Arbeitgeber ein besonderes Interesse an der sofortigen Arbeitsfreistellung habe, das gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Weiterbeschäftigung überwiegt²¹⁷.

217. BAGE 2, 221 ff. Leitsatz 2; Frey BB 1959, 529; Gumpert BB 1961, 833; Hueck-Nipperdey § 46 II; Nikisch § 38 I 1

Die Abgrenzung lief also zumeist auf eine Interessenabwägung im Einzelfall hinaus. Es stellt sich dabei die Frage, anhand welcher Kriterien dieses "überwiegende Interesse" ermittelt werden kann.

1. Das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers

Es herrscht die weit verbreitete Ansicht, daß jeder Arbeitnehmer ein Beschäftigungsinteresse habe, dem im Rahmen einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das größte Gewicht zukäme.

Am deutlichsten zeigt sich diese Auffassung in § 29 des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuchs²¹⁸, der als Prämisse das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers gleichsam voraussetzt, von dem nur ("...es sei denn, ...") abgewichen werden kann, wenn die Beschäftigung dem Arbeitgeber aus dringenden betrieblichen oder aus in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen nicht zumutbar ist.

Die Gesetzbuchkommission wollte sich offenbar nicht auf die in § 69 des Entwurfs in jedem Fall geforderte Interessenabwägung für die Begründung einer Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers verlassen; dies liegt aber an dem perfektionistischen Ansatz des Entwurfs, alle Nebenpflichten bis ins abstrakte Detail so zu regeln²¹⁹, daß die bewährte Entwicklung des Arbeitsrechts zu einer sozialen, in Rechten und Pflichten ausgewogenen Ordnung gefährdet wird²²⁰. Denn diese Entwicklung ist entscheidend

218. zitiert auf S. 56

219. vgl. §§ 31 ff., 41 ff., 47 ff., 69 ff. des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuchs

220. BDA, Stellungnahme S. 26

durch die flexible, unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Arbeitsvertrages und der Verkehrsanschauung getroffene Inhaltsbestimmung der Fürsorge- und Treuepflicht beeinflusst worden.

Es mag sein, daß jeder Arbeitnehmer in einem Dauerarbeitsverhältnis die Möglichkeit hat, seine Fähigkeiten je nach Vor- und Ausbildung innerhalb der natürlichen Grenzen zu verwirklichen und sich dabei gleichzeitig die Grundlage zur sinnvollen Lebensbewältigung zu schaffen; ob der Arbeitnehmer von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, obliegt seiner Entscheidung. Generell kann jedenfalls nicht davon gesprochen werden, daß jeder Arbeitnehmer ein solches Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung hat.²²¹

Festzuhalten bleibt deshalb nur, daß die Möglichkeit der Selbstverwirklichung durch Arbeitsleistung zwar ein Beschäftigungsinteresse im Einzelfall begründen kann; dieses Interesse muß aber mit anderen Kriterien im Rahmen einer umfassenden Abwägung gewertet werden und ist damit nicht mehr als ein - wenn auch beachtlicher - Wertungsfaktor.

2. Beschäftigung bei kurzzeitigen oder auslaufenden Arbeitsverhältnissen

Bei der Interessenabwägung kommt der Frage erhebliche Bedeutung zu, ob es sich im Einzelfall um ein unbefristetes und ungekündigtes oder um ein Arbeitsverhältnis handelt, das auf kurze

221. Lepke bejaht z.B. das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers nur dann, wenn dieser mit gesteigertem Ausbildungsstand versehen und mit anspruchsvolleren Tätigkeiten befaßt ist. Zur Kritik vgl. oben D.II.1. u. 2. (= S. 50 f., 53 f.)

Zeit befristet oder ordentlich gekündigt ist.

Bei einem befristeten Arbeitsverhältnis kann eine besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, die für die Interessenabwägung von Gewicht wäre, kaum bejaht werden. Die für die Beurteilung des Beschäftigungsanspruchs bedeutsame Treue und Verbundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer entfaltet sich in aller Regel erst, wenn nach einer gewissen Zeit gemeinsamer Arbeit eine persönliche Bindung entstanden ist²²². Als zeitliche Grenze könnte hier der Sechsmonatszeitraum des § 1 KSchG herangezogen werden. Es dürfte sich hier um ein eher theoretisches Problem handeln; welcher Arbeitgeber schließt schon einen befristeten Arbeitsvertrag ab, um dann die Arbeitsleistung bei Zahlung der vereinbarten Vergütung nicht abzunehmen? Das von Lepke²²³ angeführte Beispiel eines Filmschauspielers, der für die Dauer eines Films - also befristet - engagiert und dann nicht beschäftigt wird, ist nicht überzeugend.

In gleicher Weise wird das Interesse des Arbeitgebers an der Freistellung des Arbeitnehmers während des Laufes der Kündigungsfrist generell höher zu bewerten sein als ein Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers in dieser Zeitspanne. Schon das BAG²²⁴ hatte anerkannt, daß der Arbeitgeber ganz allgemein und ohne besondere Voraussetzungen befugt sei, den Arbeitnehmer während des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses

222. Hacker S. 49 f.

223. Lepke AuR 1968, 78 ff.

224. BAG 2, 221 ff.

für vorübergehende Zeit, etwa innerhalb der ordentlichen Kündigungsfrist, nicht zu beschäftigen. Nach der Auffassung des LAG Frankfurt²²⁵ ist ein Zeitraum von einigen Wochen oder auch Monaten noch ausreichend, um den Arbeitgeber von jeglicher Beschäftigungspflicht zu befreien. Die Literatur ist insoweit der Rechtsprechung weitgehend gefolgt²²⁶.

Soweit das BAG in jüngerer Zeit entschieden hat, auch während des Laufs der Kündigungsfrist bestehe grundsätzlich die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers²²⁷, so kann dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Denn es ist nachgewiesenermaßen so, daß während des Laufs der Kündigungsfrist keine nennenswerten Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers mehr bestehen; zumindest wäre dies das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung; denn man erlebt es in der täglichen Prozeßpraxis, daß die Arbeitnehmer eine bezahlte Freistellung während des Laufs der Kündigungsfrist als angenehme Form bezahlten Sonderurlaubs betrachten. Sehr oft empfinden die betroffenen Arbeitnehmer eine Freistellung in dieser Zeit als vorteilhaft, weil ihnen der Wechsel des Arbeitsplatzes dadurch wesentlich erleichtert wird. Ebenso kann der Arbeitgeber aus den unterschiedlichsten Gründen daran interessiert sein, schon während der Kündigungsfrist über den freiwerdenden

225. LAG Frankfurt ARSt. VI Nr. 512

226. vgl. Palandt-Gramm (27. Aufl.) § 611 Anm. 3 o m.w.N.; Gumpert BB 1961, 833

227. BAG 19.8.1976 - 3 AZR 173/75 - AP Nr. 4 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"; vgl. auch BAG DB 1977, 2099; kritisch: Körnig/Reinicke in Anm. zu BAG 26.5.1977 - AuR 1978, 155 ff. (158 ff.)

Arbeitsplatz verfügen zu können. Das BAG nahm insoweit einen besonderen Einzelfall - ein Vertreter wurde überwiegend mit leistungs- und erfolgsabhängigen Provisionen entlohnt; seine Beurlaubung während des Laufs der Kündigungsfrist hätte zu nachteiligen Abrechnungsschwierigkeiten geführt - als Richtbeispiel für alle Arbeitnehmer; dies war indessen nicht sachgerecht; nicht nur die Praxis, sondern auch die beiderseitigen Interessen zeigen, daß es in dem nicht mehr intakten Arbeitsverhältnis überspannt wäre, eine allgemeine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers zu bejahen. Weder aus dem Fürsorgegedanken noch aus Gründen eines Persönlichkeitsschutzes könnte während des Laufs der Kündigungsfrist im Regelfall die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausgehen.²²⁸

Mayer-Maly hat in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung des BAG²²⁹ zu Recht ausgeführt, daß die Besonderheiten, die sich aus der Kündigung für das Arbeitsverhältnis ergeben, stets in die Würdigung der beiderseitigen Interessen einzubeziehen seien und oftmals "entscheidend gegen den Bestand einer Beschäftigungspflicht" sprächen. Außerdem weist Mayer-Maly auch darauf hin, daß es in dem vom BAG

228. Eine bezahlte Freistellung ist auch mit normativem Charakter während des Laufs der Kündigungsfrist im Arbeitsrecht durchaus nicht unbekannt:

- gem. §§ 545 HGB i.d.F. des § 146 Abs. 2 SeemG kann der Reeder dem Kapitän während der Dauer der Kündigungsfrist die Ausübung seiner Befugnisse untersagen
- § 14 Ziff. 6 MTV für Redakteure an Tageszeitungen vom 1.10.1976 i.d.F. vom 18.1.1979 lautet: "Nach ausgesprochener Kündigung kann der Verlag den Redakteur beurlauben"

229. Mayer-Maly in Anm. zu BAG 19.8.1976 - 3 AZR 173/75 - SAE 1978, 66 ff. (69)

entschiedenen Fall dem Kläger vorrangig um seine Previsionseinnahmen und weniger um die Achtung seiner Persönlichkeit oder ihrer Selbstverwirklichung geht. In diesem Fall konnte das Ergebnis einer sorgfältigen Interessenabwägung deshalb nach Auffassung des Verfassers nicht zu einer Konkretisierung der Fürsorgepflicht im Hinblick auf eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers führen.

3. Nichtbeschäftigung aus Gründen, die in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegen.

Als Wertungsfaktoren müssen bei einer Interessenabwägung auch personen- und verhaltensbedingte Umstände berücksichtigt werden. Diese können so beschaffen sein, daß sie zugunsten des Arbeitgebers die Berechtigung der Nichtannahme der angebotenen Arbeitsleistung bewirken können; es ist ohne weiteres einsichtig, daß in leichten Fällen des Verdachts strafbarer Handlungen, eines Geheimnisbruchs, eines Vertrauensmißbrauchs oder einer vertragswidrigen Wettbewerbshandlung der Arbeitgeber ein beachtliches Interesse daran haben kann, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen; hier muß es dem Arbeitgeber möglich sein, ohne Verstoß gegen Treu und Glauben und ohne Verletzung der Fürsorgepflicht eine Freistellung des Arbeitnehmers anzuordnen.

Auf diesem Gedanken beruht an sich die gesamte Lehre von der Suspendierung des Arbeitnehmers. Eine Suspendierung ist in der Sache nichts anderes als eine bezahlte Freistellung²³⁰.

230. vgl. Nikisch § 38 II

Für die Dauer der Suspendierung entfällt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, während im übrigen die Pflichten und Rechte der Vertragsparteien bestehen bleiben; daraus folgt, daß bestimmte in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Gründe durchaus geeignet sein können, die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers ausfallen zu lassen; in diesem Fall kann sich die Fürsorgepflicht nicht zur Beschäftigungspflicht konkretisieren.

Greift man personen- oder verhaltensbedingte Gründe auf, so liegt die Parallele zu § 1 KSchG nahe. Dafür spräche, daß man eine bezahlte Freistellung durchaus unter kündigungsrechtlichen Gesichtspunkten, gewissermaßen als Vorstufe zur Kündigung, betrachten könnte. Freilich ist diese Parallele nicht haltbar, denn § 1 KSchG setzt bereits eine umfassende Interessenabwägung voraus; die soziale Rechtfertigung einer Kündigung aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen ist ihrerseits bereits das Ergebnis einer Interessenabwägung und kann nicht erneut Inhalt einer weiteren Interessenabwägung sein bei der Frage, ob sich nicht daraus noch ein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers folgern lassen könnte. Es läßt sich allenfalls sagen, daß an die zur Konkretisierung der Fürsorgepflicht notwendige Interessenabwägung bei der Berücksichtigung personen- oder verhaltensbedingter Gründe geringere Anforderungen zu stellen sind als bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung.

Ähnlich verhält es sich mit der immer wieder getroffenen Feststellung, ein Beschäftigungsanspruch sei dann abzulehnen, wenn seine Erfüllung dem Arbeitgeber unzumutbar sei²³¹. Diese Betrachtungsweise ist an sich ansprechend, da erstens die Rechtsordnung niemandem etwas Unzumutbares auferlegen kann, und zweitens Kriterien zur Diskussion stünden, die bereits zur fristlosen Kündigung ausreichen könnten. Das Merkmal "unzumutbar" ist indessen bereits das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung, wie sich an den Beispielen des § 626 BGB²³², § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG oder des § 29 des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuchs nachweisen läßt. Die Wertung "unzumutbar" setzt bereits eine Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen voraus, kann also nicht allein nach der Situation des Arbeitgebers beurteilt werden.

Richtig ist es deshalb, personen- und verhaltensbedingte Gründe in eine Interessenabwägung miteinzubeziehen und zu prüfen, ob sie im Vergleich zu anderen Wertungsfaktoren so erheblich sind, daß sie ein etwa vorhandenes Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers verdrängen; ist dies der Fall, so beinhaltet die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers keinen Verstoß gegen Treu und Glauben. Im konkreten Fall würde die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage eines Beschäftigungsverlangens des Arbeitnehmers nicht in Betracht kommen.

4. Nichtbeschäftigung aus betrieblichen Gründen

Ein wichtiger Aspekt wird in Literatur und Rechtsprechung zumeist überhaupt nicht oder nur

231. Grub AR-Blattei D "Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers"; Iselo S. 117 ff. (118 f.); auch Nikisch § 38 I 3

232. vgl. Nikisch § 50 I 2

am Rande erörtert: betriebliche Gründe können ein erhebliches Interesse des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers beinhalten.

Es lassen sich viele Fälle denken, in denen für eine Beschäftigung des Arbeitnehmers z.B. vorübergehend kein Bedürfnis besteht, etwa bei Absatzschwierigkeiten, Rohstoffmangel, Rationalisierungsmaßnahmen. Hier wird man wohl kaum die Behauptung aufstellen, auch in solchen betrieblichen Situationen müsse der Arbeitnehmer tatsächlich beschäftigt werden. Denn das Fazit einer solchen Betrachtungsweise wäre der sofortige Ausspruch der Kündigung, sobald sich absehen läßt, daß für die Tätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers einmal für einige Zeit kein Bedürfnis besteht. Mit einer bezahlten Freistellung muß der Arbeitgeber hier seine betrieblichen Interessen wahren können. Oder warum soll ein Außendienstmitarbeiter nicht freigestellt werden können, wenn eine Neuorganisation der zu betreuenden Bezirke oder eine umsatzmäßige Fehlentwicklung in dem betreffenden Bezirk den Betrieb zu einem raschen personellen Wechsel zwingen.

Wichtig ist, daß man erkennt, daß der Arbeitgeber aus vielerlei Gründen betriebsbezogener Art (Wirtschaftlichkeit, Personalplanung, aber auch Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung) daran interessiert sein kann, den Arbeitnehmer freizustellen. In allen Fällen, in denen die tatsächliche Beschäftigung im ungekündigten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis den Interessen des Betriebs zuwiderläuft, muß sich der Arbeitgeber mit der Freistellung helfen können.

Die Befürchtung der früheren BAG-Rechtsprechung und Literatur, bei Ablehnung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht könne der Arbeitgeber wohl jahrelang einen Arbeitnehmer freistellen und dadurch dessen persönliche Selbstverwirklichung beeinträchtigen, vermag nicht zu überzeugen. Welcher wirtschaftlich denkende Arbeitgeber würde einen Arbeitnehmer einstellen, ohne ihn tatsächlich beschäftigen zu wollen, und dies auch noch über einen langen Zeitraum hinweg ?

Wenn man deshalb nach Kriterien für die Abwägung der gegenseitigen Interessen sucht, so müssen jedenfalls betriebliche Belange in besonderem Maße zugunsten des Arbeitgebers Berücksichtigung finden.

Diese Konzeption einer zulässigen Freistellung aus überwiegenden betrieblichen Interessen ist offensichtlich auch dem Kommissionsentwurf nicht fremd; in § 52 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs heißt es:

"Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem leistungsfähigen und den Umständen nach leistungsbereiten Arbeitnehmer auch dann das Arbeitsentgelt zu entrichten, wenn dieser seine Arbeit nicht leistet, weil der Arbeitgeber ihn nicht beschäftigt oder eine für die Leistung der Arbeit notwendige Handlung nicht vornimmt."

Sieht deshalb der Arbeitgeber Anlaß, aus betrieblichen Gründen verschiedenster Natur - Veränderungen in der Produktion, Auswechseln von leitenden Angestellten, persönliche Differenzen der Arbeitnehmer untereinander, Einstellung von Forschungsprojekten, Verkleinerung von Abteilungen - den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen, so führt dies zwar zu dem Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers, nicht aber zu einem

Pflichtenverstoß des Arbeitgebers. Die Regelung des § 52 des Entwurfs zeigt, daß auch die Kommission den Fall der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers im bestehenden Arbeitsverhältnis gesehen hat. Die Begründung für die ausdrückliche finanzielle Absicherung des Arbeitnehmers liegt darin, daß dem Arbeitgeber das Recht zuzugestehen ist, von dem Mittel der bezahlten Freistellung Gebrauch zu machen, wenn seine Interessen die Interessen des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung überwiegen.

IV. Dogmatische Konsequenzen der Einzelfallbetrachtung

Die soeben aufgezeigte Herleitung eines Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers auf der Basis der Fürsorgepflicht nach sorgfältiger Interessenabwägung in jedem Einzelfall ist in Konstruktion und Prüfungsfolge zu unterscheiden von der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts und den immer wiederkehrenden, allgemein gefaßten Aussagen über einen generellen Beschäftigungsanspruch für alle Arbeitnehmer.

Diejenigen, die - wie das BAG - eine kumulative Begründung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs aus der Fürsorgepflicht, dem Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 und 2 GG und einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis herleiten, vermögen nicht zu erklären, wieso eine Beschäftigungspflicht auch ungeachtet fehlenden Interesses des Arbeitnehmers oder überwiegenden gegensätzlichen Interesses des Arbeitgebers bestehen soll^{232a}. Ist schon die rechtliche Begründung der allgemeinen Beschäftigungspflicht fraglich,

232a. Kraft ZfA 1979, 123 ff. (131); Kreutz
SAE 1973, 166 f. (167)

so ergibt sich zudem ein Konstruktionsproblem in den Fällen, in denen (ausnahmsweise) das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers überwiegt; es stellt sich die Frage der dogmatischen Einordnung der Nichtbeschäftigung, ob sie lediglich gerechtfertigt ist oder ob schon die Tatbestandsmäßigkeit einer Pflichtverletzung wegen Wegfalls der Beschäftigungspflicht entfällt^{232b}.

Ist dagegen, wie oben dargelegt^{232c}, die Fürsorgepflicht unter Zuhilfenahme einer sorgfältigen Interessenabwägung die dogmatisch tragfähige Grundlage für den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, so muß die Konstruktion einer allgemeinen Beschäftigungspflicht abgelehnt werden: Einzelfallprüfung und generelle Bejahung eines allgemeinen Tatbestands schließen sich gegenseitig aus. Nicht so sehr das Ergebnis, sondern die juristische Argumentation zwingen zu dieser Aussage.

Nur die sorgfältige Interessenabwägung im Einzelfall kann ergeben, ob dem Arbeitnehmer durch die Nichtbeschäftigung ein Schaden entsteht oder er durch die Nichtbeschäftigung in einem schutzwerten Interesse verletzt wird, das im Vergleich zu den Interessen des Arbeitgebers höher zu bewerten ist. Diese Interessenverletzung einfach ungeprüft zu unterstellen, besteht weder Grund noch rechtliche Basis^{232d}.

Ein Anspruch für alle Arbeitnehmer auf tatsächliche Beschäftigung ohne Rücksicht auf die Interessenlage des anderen Vertragspartners läßt sich nach Auffassung des Verfassers rechtlich

232b. vgl. Kreutz SAE 1973, 166, 167

232c. vgl. oben E. II., III.

232d. vgl. Kraft ZfA 1979, 123 ff (131/132), der letztlich auf § 242 BGB als Grundlage eines Beschäftigungsanspruchs im Einzelfall abstellt

ebensowenig begründen wie ein generelles, ohne Prüfung zu bejahendes Interesse jedes Arbeitnehmers auf Beschäftigung. Eine solche Wertung läßt sich aus keiner Norm herleiten, auch nicht aus Art. 1 und 2 GG, da auch im Rahmen dieser Bestimmungen erst einmal festgestellt werden muß, ob ein Arbeitnehmer durch die Nichtbeschäftigung in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt wird. Eine allgemeine Beschäftigungspflicht ist deshalb rechtsdogmatisch kaum begründbar. Rechtssystematik und rechtliche Prüfungsfolge sprechen nach Auffassung des Verfassers für eine Einzelfallentscheidung im Wege der umfassenden Interessenabwägung. Ein Beschäftigungsanspruch kann sich je nach dem Ergebnis der Interessenabwägung aus der Fürsorgepflicht ergeben.

F. Zusammenfassung

Ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers kann während des unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnisses nur aus der Fürsorgepflicht hergeleitet werden. Eine allgemeine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers läßt sich weder auf die Bestimmungen des Art. 1 und 2 GG noch auf das Wesen des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis stützen; auch das Wesen des Arbeitsvertrags als personenrechtlicher Austauschvertrag bietet keine Rechtsgrundlage für eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers.

Aus dem Grundgedanken von Treu und Glauben (§ 242 BGB), aus der Entstehungsgeschichte und aus der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die für das gesamte Arbeitsverhältnis geltende

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Grundlage eines Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers heranzuziehen. Dazu bedarf es einer Konkretisierung der Fürsorgepflicht im Wege einer umfassenden Interessenabwägung. Auf der Seite des Arbeitnehmers ist dessen Beschäftigungsinteresse von erheblichem Gewicht; im befristeten oder gekündigten Arbeitsverhältnis oder bei Vorliegen von Gründen in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers können die Interessen des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers überwiegen. Bei der Interessenabwägung kann insbesondere die Berücksichtigung betrieblicher Gründe zu einer Ablehnung der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers führen.

Zweiter Teil

Die Weiterbeschäftigungspflicht nach § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß es im Rahmen des vertraglich begründeten Arbeitsverhältnisses eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers dann gibt, wenn die Interessen des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung höher zu bewerten sind als die Interessen des Arbeitgebers an einer bezahlten Freistellung des Arbeitnehmers.

Auch die Frage einer Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers während des Laufs der Kündigungs-

frist ist oben erörtert worden²³³. Selbst wenn man mit dem BAG eine allgemeine Beschäftigungspflicht im Falle der ordentlichen Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist und im Falle der fristlosen Kündigung bis zu deren Zugang anerkennt²³⁴, so ist doch eines festzuhalten:

Alle vor dem Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15.1.1972 entschiedenen Sachverhalte zum Thema "Beschäftigungspflicht" sind dadurch gekennzeichnet, daß die Beschäftigung des Arbeitnehmers nur während solcher Zeiträume unstritten war, in denen die rechtliche Bindung der Arbeitsvertragsparteien nicht im Zweifel sein konnte, das Arbeitsverhältnis vielmehr unangefochten bestand. Das BAG hat sich zwar einmal mit der Frage befaßt, ob man die bisherige Rechtsprechung zum Beschäftigungsanspruch über das Ende der Kündigungsfrist hinaus fortführen könne bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung²³⁵; das BAG kam indessen richtigerweise zu dem Ergebnis, daß ein solches Unterfangen sich mit dem geltenden Recht nicht vereinbaren lasse²³⁶.

233. vgl. oben Erster Teil E. III. 2. (= S. 75 ff.)

234. BAG 19.8.1976 - AP Nr. 4 zu § 611 BGB "Beschäftigungspflicht"; zur früheren Auffassung des BAG vgl. oben Erster Teil E. III. 2. (S. 75 ff.); dort wurde auch dargestellt, daß während des Laufs der Kündigungsfrist in vielen Fällen betriebliche Belange einer Weiterbeschäftigung bis zum Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses entgegenstehen

235. BAG DB 1977, 2099 ff.; vgl. unten F.

236. vgl. auch BAG 20.10.1977 - 2 AZR 770/76 als Bestätigung zu BAG 26.5.1977 - DB 1977, 2099 (s. Fußn. 235)

Das BAG hat insoweit aufgezeigt, daß dem individuellen Kündigungsschutz nur eine nachträgliche Überprüfung der Rechtswirksamkeit einer Kündigung durch die Arbeitsgerichte bekannt sei²³⁷. Die finanzielle Absicherung des Arbeitnehmers während des Kündigungsrechtsstreits erfolge in erster Linie durch die Arbeitslosenversicherung, beim Obsiegen durch §§ 615 BGB und 11 KSchG. Es fehle an einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung für die Gerichte, während eines Kündigungsrechtsstreits die vorläufige Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers anzuordnen. Soweit im Schrifttum hierzu rechtspolitische Ansatzpunkte aufgezeigt worden seien, handele es sich lediglich um Vorschläge für ein Tätigwerden des Gesetzgebers²³⁸. Diese Entscheidung wird unten noch ausführlich erörtert werden²³⁹.

A. Die Vorschrift des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

Der Gesetzgeber hat indessen im Rahmen des neuen Betriebsverfassungsgesetzes²⁴⁰ die Vorschrift des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG geschaffen:

"Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen, und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muß der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen".

237. zur Kritik an diesem Urteil: vgl. Löwisch DB 1978 Beil. 7 S. 5; vgl. unten F.

238. Becker-Rommelspach ZRP 1976, 40 ff.; Notter DB 1976, 772 ff.; Otto RdA 1975, 68 ff.

239. vgl. unten F.

240. vgl. BGBI. 1972 I, 13 ff.; inhaltlich mit § 102 BetrVG gleichlautend auch § 79 Abs. 2 Satz 1 BPersVG 1974 (BGBI. 1974 I, 693 ff.)

Das neue Betriebsverfassungsgesetz verknüpft also mit dem Widerspruch des Betriebsrats (und den anderen in der Vorschrift genannten Voraussetzungen) eine über die anerkannten Grenzen des Individualarbeitsrechts hinausgehende Pflicht des Arbeitgebers zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers²⁴¹. Es verwundert deshalb nicht, daß die Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 BetrVG infolge ihrer Stellung außerhalb des vertraglich begründeten Arbeitsverhältnisses - nämlich nach Ablauf der Kündigungsfrist - als "entscheidende"²⁴², "wichtigste"²⁴³, "weitreichende"²⁴⁴, "einschneidende"²⁴⁵ oder sogar "sensationelle"²⁴⁶ Neuerung bezeichnet wird²⁴⁷. Denn diese Vorschrift enthält den seltenen Fall der Herstellung einer "arbeitsverhältnisähnlichen"²⁴⁸ Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf gesetzlichem Wege in einer Phase, in der das Arbeitsverhältnis an sich schon durch Ablauf der Kündigungsfrist sein Ende finden sollte bzw. beim Obsiegen des Arbeitgebers im Prozeß sein Ende gefunden hat.

I. Charakterisierung der Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

Die nachstehenden Ausführungen beschäftigen sich mit dem Inhalt der in § 102 Abs. 5 Satz 1

241. End (Diss.) S. 245

242. Schlochauer RdA 1973, 157 ff.(160)

243. Richardi DB 1974, 1335 ff.(1338)

244. Heß (Diss.) S. 120

245. Erdmann-Jürging-Kammann § 102 Anm. 57

246. Adomeit DB 1971, 2360 ff.(2363); vgl. Etzel Rdnr. 290 (= S. 158)

247. Löwisch (DB 1978 Beil. 7 S. 2) dagegen bezeichnet die Weiterbeschäftigungspflicht in § 102 Abs. 5 BetrVG als "teilweise und bruchstückhaft" geregelt

248. zum Rechtscharakter des Weiterbeschäftigungsverhältnisses vgl. unten D.

BetrVG angeordneten Verpflichtung des Arbeitgebers. Es soll untersucht werden, welche Rechtsnatur das Weiterbeschäftigungsverhältnis nach Ablauf der für das Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist hat. Aus dem Gesetzeswortlaut läßt sich nicht eindeutig entnehmen, ob ein Hinausschieben der Kündigungsfrist bei Weiterbestehen des bisherigen Arbeitsverhältnisses, die Begründung eines faktischen Arbeitsverhältnisses oder ein durch Gesetz begründetes Schuldverhältnis angeordnet werden²⁴⁹. Es sind die widerstreitenden Meinungen zur inhaltlichen Qualität des Weiterbeschäftigungsanspruchs zu prüfen, um letztlich zu der wichtigen Frage vorzudringen zu können, ob der Gesetzgeber die bisher nur in Lehre und Rechtsprechung behandelte Frage der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers durch die Vorschrift des § 1o2 Abs. 5 BetrVG in die eine oder andere Richtung verbindlich entscheiden und in einem Spezialfall einen doch für alle anderen Fälle geltenden Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen wollte, oder ob es sich um ein Detailproblem handelt, das als Sonderregelung allein auf die mit genauen Voraussetzungen eingeschränkte Situation während des Laufs des Kündigungsschutzprozesses zugeschnitten ist.

II. Ausdehnung der Weiterbeschäftigungspflicht über den eigentlichen Anwendungsbereich des § 1o2 Abs. 5 BetrVG hinaus

Die in der genannten Vorschrift geregelte Weiterbeschäftigungspflicht besteht vom Wortlaut

249. vgl. Schlochauer RdA 1973, 157 ff.(163);
s. Fußn. 248

her nur unter einer Reihe von Voraussetzungen: ordentliche Kündigung, Existenz eines Betriebsrats, Erhebung eines form- und fristgerechten Widerspruchs, Verlangen des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung, Vorliegen einer fristgerechten Kündigungsschutzklage²⁵⁰.

Eine ganze Anzahl von Stimmen in Literatur²⁵¹ und Rechtsprechung²⁵² hat Überlegungen angestellt, ob dem Arbeitnehmer ein dem Inhalt des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG vergleichbarer Status nicht auch außerhalb des eigentlichen Anwendungsbereichs dieser Vorschrift zugebilligt werden könnte, sei es im Wege der Analogie zu § 102 Abs. 5 BetrVG, sei es unter Anwendung des Instituts der einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 ff. ZPO, gestützt auf eine Weiterentwicklung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers²⁵³.

Dies bedarf im Rahmen der vorliegenden Arbeit einer eingehenden Untersuchung. Denn es steht mit dieser Überlegung die Frage im Raum, ob eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in rechtlich zulässiger Weise konstruierbar ist; es ist zu untersuchen, ob eine solche Weiterentwicklung eines in

250. Nähere Ausführungen zu den Voraussetzungen vgl. sogleich unten unter A.III. (S. 91 ff.)
251. Marcus RdA 1975, 340 ff.; Galperin-Löwisch § 102 Rdnr. 124, 125; Otto RdA 1975, 71 ff.; Kempff DB 1976, 2111 ff.; Löwisch DB 1975, 349 ff. (352 ff.); ders. DB 1978 Beil. 7 S. 2; vgl. unten Zweiter Teil F.
252. LAG Frankfurt EZA Nr. 1 zu § 102 BetrVG "Beschäftigungspflicht"; LAG Düsseldorf DB 1976, 587; LAG Hamburg DB 1974, 2408 u. DB 1977, 500; ArbG Wilhelmshaven AuR 1977, 349 u. DB 1978, 306; LAG Niedersachsen 27.5.1977 - 7 TaBV 7/77; ArbG Frankfurt 29.6.1978 - 14 Ca 58/78; vgl. unten F.
253. vgl. insbes. Marcus RdA 1975, 340 ff.

der Vorschrift des § 1o2 Abs. 5 BetrVG konzipierten Modellfalls möglich ist und welcher Anwendungsbereich für eine solche weitergehende Handhabung einer Beschäftigungspflicht offenstünde.

III. Eingrenzung der Erörterung der Weiterbeschäftigungspflicht

Die Vorschrift des § 1o2 Abs. 5 BetrVG hat eine Fülle von Entscheidungen und Literaturmeinungen hervorgerufen, die sich mit den Voraussetzungen und damit dem Anwendungsbereich der Vorschrift befassen. Da es vorliegend um den Inhalt und Umfang der Weiterbeschäftigungspflicht und die Frage geht, ob sie indizielle Wirkung für eine etwaige Bejahung eines generellen Beschäftigungsanspruchs hat, sollen die anderen bei § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG bestehenden Streitpunkte der Vollständigkeit halber kurz anhand der jeweiligen herrschenden Ansicht dargestellt werden:

Der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung besteht nur, wenn der Arbeitnehmer nach dem KSchG Klage erhoben hat; es muß die Sozialwidrigkeit der Kündigung gerügt werden. Bei einer verspätet erhobenen Klage besteht der Anspruch erst dann, wenn die Klage nachträglich gem. § 5 KSchG rechtskräftig zugelassen wird²⁵⁴. Der Arbeitnehmer muß dem persönlichen Geltungsbereich des KSchG unterliegen²⁵⁵.

Im Betrieb muß ein Betriebsrat bestehen; dieser muß einen schriftlichen und mit einem

254. Galperin-Löwisch § 1o2 Rdnr. 1o1, 1o2; Dietz-Richardi § 1o2 Rdnr. 98; a.A. bei verspäteter Klageerhebung: Fitting-Auffarth-Kaiser § 1o2 Rdnr. 21; vgl. Bleistein § 1o2 Rdnr. 52o.

255. Dietz-Richardi § 1o2 Rdnr. 98; ArbG Wuppertal DB 1975, 2329; a.A.: Fuchs AuR 1973, 174 ff.

(oder mehreren) in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Grund versehenen Widerspruch fristgerecht erheben²⁵⁶. Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 BetrVG besteht im wesentlichen nur bei betriebsbedingten Kündigungen, selten auch bei personenbedingten Kündigungen²⁵⁷.

Bei der Änderungskündigung ist die Anwendung des § 102 Abs. 5 BetrVG nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer den Vorbehalt nach § 2 KSchG nicht erklärt und damit zum Ausdruck bringt, daß er sich auf die veränderten Arbeitsbedingungen in keinem Fall einlassen will. Nimmt dagegen der Arbeitnehmer das Angebot der Änderung der Arbeitsbedingungen unter Vorbehalt an, so muß er sich auch darauf einlassen, daß der Arbeitgeber ihn bis zum Abschluß des Kündigungsschutzprozesses zu eben den geänderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt. Eine Weiterbeschäftigung zu den alten Arbeitsbedingungen würde die Regelung des § 2 KSchG ihres Sinns berauben, einerseits dem Arbeitnehmer das Risiko eines vollständigen Verlusts des Arbeitsverhältnisses abzunehmen, dafür aber andererseits die Änderung der Arbeitsbedingungen

256. vgl. ArbG Bochum DB 1973, 729 ff.

257. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 112; Winter S. 127; Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 28, 49; Gumpert BB 1972, 50 f.; Blank BB 1972, 536; ArbG Siegburg EzA Nr. 3 zu § 102 BetrVG; noch enger (= nur bei betriebsbedingten Kündigungen): LAG Frankfurt ARSt. 1977, 130; a.A.: Boewer DB 1978, 251 ff.; ArbG Wuppertal mit Hinweis auf § 30 Abs. 2 - 4 des CDU/CSU-Entwurfs, nach dem der Betriebsrat den Widerspruch allgemein mit der fehlenden sozialen Rechtfertigung der Kündigung begründen konnte

vorläufig durchzuführen²⁵⁸.

Die Vorschrift des § 1o2 Abs. 5 BetrVG gilt nicht bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung, auch dann nicht, wenn ihr vorsorglich eine ordentliche Kündigung hinzugefügt wird. In einem solchen Falle steht die außerordentliche Kündigung im Vordergrund²⁵⁹. Auch insoweit gelten aber die Grundsätze über das Verbot einer Gesetzesumgehung. Schiebt der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung nur vor, um dem Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu entgehen, so ist dies unbeachtlich und § 1o2 Abs. 5 BetrVG anwendbar^{26o}.

B. Geschichtliche Entwicklung der Weiterbeschäftigungspflicht

I. Betriebsrätegesetz 192o

Der Begriff der "Weiterbeschäftigungspflicht" ist an sich nicht neu. Schon im Betriebsrätegesetz 192o²⁶¹ gab es eine Weiterbeschäftigungspflicht, freilich in anderem Sinn als in § 1o2 Abs. 5 BetrVG 1972.

1. Kündigung von Arbeitnehmern gem. §§ 84 ff. BRG

Im BRG 192o war festgelegt, daß Arbeitnehmer im Falle der Kündigung Einspruch dadurch

258. Fitting-Auffarth-Kaiser § 1o2 Rdnr. 2 a; Richardi DB 1974, 1335 ff.(1338 f.); Erdmann-Jürging-Kammann § 1o2 Rdnr. 65; Raatz DB 1972 Beil 1 S. 12; Stege DB 1975, 15oo ff. (1511 f.); Kallmeyer DB 1973, 97o f.; Kraft GK-BetrVG § 1o2 Rdnr. 54; a.A.; Brede BlSt-SozArbR 1973, 17 ff.; Rewolle DB 1973, 185 ff. (187)

259. LAG Frankfurt EzA Nr. 1 zu § 1o2 BetrVG "Beschäftigungspflicht"; Dietz-Richardi § 1o2 Rdnr. 112; Schaub § 123 VIII 15; Stege-Weinspach Ziff. 4.38452 (= S. 516); Bohn/Dutti § 1o2 Anm. 15; a.A.; Fitting-Auffarth-Kaiser § 1o2 Rdnr. 2o a; ArbG Villingen-Schwenningen BB 1972, 615

26o. Galperin-Löwisch § 1o2 Rdnr. 1o6; Bleistein (Kündigung) S. 189

261. BRG vom 4.2.192o - RGBl. I, 147 ff.

erheben konnten, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen den Arbeiter- oder Angestelltenrat anriefen (§ 84 BRG). Über den Einspruch wurde in einem gesetzlichen Schlichtungsverfahren endgültig entschieden (§ 87 Abs. 1 BRG); wurde die Kündigung für unwirksam erklärt, so bestand eine Weiterbeschäftigungspflicht, sofern es der Arbeitgeber nicht auf eine Entschädigung ankommen lassen wollte (§ 87 Abs. 2 BRG). Flatow²⁶² hat diese Weiterbeschäftigungspflicht mit Hilfe der Entstehungsgeschichte der Vorschrift näher untersucht:

§ 44 des Regierungsentwurfs, der bei berechtigtem Einspruch die Kündigung für zurückgenommen erklärte, sprach in näherer Ausführung dessen von der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers für die Zeit zwischen "Entlassung und Wiedereinstellung"; an die Stelle des Wortes "Wiedereinstellung" ist in der ersten und zweiten Lesung des Ausschusses der Nationalversammlung das Wort "Weiterbeschäftigung" getreten, offenbar um klarzustellen, daß es sich um die bloße Fortsetzung der alten Beschäftigung handelte; daraus folgt, daß die Kündigung - wie in dem Entwurf - als kraft Gesetzes zurückgenommen galt und sie jetzt durch die Erklärung als zurückgenommen zu gelten hatte; anderenfalls könnte man auch nicht in § 88 BRG von der Lohnzahlungspflicht und der Anwendbarkeit des einen Arbeitsvertrag voraussetzenden § 615 BGB sprechen²⁶³. Damit folgt gleichzeitig aus der

262. Flatow § 87 Anm. 3 (= S. 220)

263. vgl. KG Berlin 8.12.1920 NZfA 1921 Sp. 352

Entstehungsgeschichte, daß es sich hier nicht um ein Recht auf Beschäftigung im Sinne eines Rechts auf tatsächliche Entgegennahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber handelt, sondern nur um den Fortbestand des alten Arbeitsvertrages²⁶⁴.

2. Kündigung von Mitgliedern der Betriebsvertretung

Gem. § 97 Abs. 1 BRG war der Arbeitgeber verpflichtet, ein Betriebsratsmitglied, das er ohne Zustimmung der Betriebsvertretung gekündigt hatte, "bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts" in seinem Betrieb weiter(zu)-beschäftigen". Aus dieser gesetzlichen Formulierung "weiterbeschäftigen" wurde vereinzelt gefolgert, der Arbeitgeber hätte den Arbeitnehmer nicht bloß "äußerlich" wieder in den Dienst zu nehmen, sondern ihm auch wirkliche Arbeit zuzuweisen und dessen Dienste entgegenzunehmen²⁶⁵.

Demgegenüber vertrat die überwiegende Meinung²⁶⁶, ebenfalls unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des BRG und der rechtlichen Struktur des Arbeitsverhältnisses, den entgegengesetzten Standpunkt. Sie lehnte grundsätzlich einen privatrechtlichen Beschäftigungsanspruch ab²⁶⁷ und billigte dem Arbeit-

264. Flatow § 87 Anm. 3 (= S. 220); vgl. Hueck in Festschrift für Nipperdey S. 99 ff.(99); a.A.: Beyer NZfA 1921 Sp. 29 ff.(36); Geerlig S. 59

265. Beyer NZfA 1921 Sp. 29 ff.(36); Kaskel (3. Aufl.) S. 157; LG Stolp/Pommern 1.6.1921 RArbBl. 1922, 267 u. 20.4.1921 RArbBl. 1922, 293

266. Mansfeld § 97 Anm. letzter Absatz; OLG Kassel NZfA 1925 Sp. 611; Flatow § 97 Anm. 3; Lepke DB 1975, 498 ff. (502) mwN in FuBn. 61

267. dies war seinerzeit sowieso hM; vgl. oben Erster Teil B.I.2. (S. 13 ff.)

nehmer insoweit lediglich einen Anspruch auf die vertragliche Vergütung zu. In der Tat wäre es auch nicht einzusehen gewesen, warum ein Betriebsratsmitglied einen Beschäftigungsanspruch nur in gekündigter, nicht aber in ungekündigter Stellung hätte haben sollen.

Flatow²⁶⁸ verweist ausdrücklich auf seine zu § 87 BRG dargelegten Ausführungen und stellt fest, daß § 97 BRG lediglich zur Folge haben konnte, daß sich der Arbeitsvertrag über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus bis zum Tage der Entscheidung des Schlichtungsausschusses verlängerte.

Die von Lepke²⁶⁹ ausgesprochene Vermutung, die heutige Fassung des § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG könne durchaus auf das BRG 192o zurückgehen, ist zwar nicht ganz von der Hand zu weisen; gleichwohl muß gesagt werden, daß die Weiterbeschäftigungspflicht der §§ 84 ff. BRG auf keinen Fall sachliche Ähnlichkeit mit der Konzeption des § 1o2 Abs. 5 BetrVG hatte; § 97 BRG könnte hier zumindest dem Wortlaut nach schon eher als Vorbild gedient haben; gleichwohl vermag diese Folgerung nicht zu überzeugen, denn zum einen sollte - wie dargelegt - die Weiterbeschäftigungspflicht nicht über die ablehnende Einstellung der damaligen herrschenden Meinung zur allgemeinen Beschäftigungspflicht hinausgehen, und zum anderen betraf § 97 BRG einen

268. Flatow § 97 Anm. 3

269. Lepke DB 1975, 498 ff.(5o2)

besonders geschützten Personenkreis, nämlich Mitglieder der Betriebsvertretung. Parallelen zwischen § 97 BRG und § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG 1972 dürften deshalb kaum gezogen werden können.

Letztlich ist noch festzustellen, daß Begriffe wie "Wiedereinstellung" oder "Weiterbeschäftigung", soweit sie sich in Begleit- oder Folgeverordnungen zum BRG 1920 finden, immer die Erneuerung oder rückwirkende Wiederauflebung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, nicht aber die Anordnung einer tatsächlichen Weiterbeschäftigung meinen²⁷⁰.

II. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)

Für den in einigen Bestimmungen des AOG genannten Begriff der Weiterbeschäftigungspflicht gilt in etwa das oben zum BRG 1920 Gesagte.

Das AOG sah eine Kündigungswiderrufsklage des Arbeitnehmers vor (§ 56 AOG)²⁷¹. Erkannte das Gericht auf Widerruf der Kündigung und befahl der Arbeitgeber diese Entscheidung, so bestand das alte Arbeitsverhältnis wenigstens rechtlich fort und der Arbeitnehmer war "weiterzubeschäftigen" (§§ 57, 59 AOG)²⁷². Diese Regelung verstand die Weiterbeschäftigung damit ebenfalls im Sinne des Fortbestandes des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Eine

270. Flatau (§ 87 Anm. 3) erwähnt z.B. eine "Verordnung über Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung" vom 12.2.1920 (RGBl. I, 218)

271. zum Charakter dieser Klage als Gestaltungs-
klage: Hueck in Festschrift für Nipperdey
S. 99/100

272. Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause § 59 Anm. 2 a

echte Beschäftigungspflicht für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist gab es nicht; ausdrücklich hieß es in § 59 AOG, daß bei Widerruf der Kündigung der Unternehmer verpflichtet war, dem Gekündigten für die Zeit zwischen der Entlassung und der Weiterbeschäftigung Lohn oder Gehalt zu gewähren (ähnlich wie § 88 BRG 1920). Damit war der zivilrechtliche Grundsatz des § 615 BGB - Annahmeverzug des Arbeitgebers - maßgeblich; der Arbeitnehmer war auf diese Weise hinreichend geschützt²⁷³.

III. Hessisches Betriebsrätegesetz

Auch im Hessischen Betriebsrätegesetz gab es keine Weiterbeschäftigungspflicht²⁷⁴; die gesamte Konzeption des HBRG war mit dem BRG 1920 vergleichbar²⁷⁵. Für den Fall des Widerrufs der Kündigung (bei erfolgreicher Widerrufsklage, §§ 43, 44 HBRG) war der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer für die Zeit zwischen der Entlassung und der Weiterbeschäftigung Lohn oder Gehalt zu gewähren (§ 46 Satz 1 HBRG).

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach einem klagestattgebenden Urteil ließ sodann die allgemeine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers wiederaufleben. Diese Beschäftigungspflicht hatte dann - zumindest aus heutiger Sicht - den im Ersten Teil der Arbeit geschilderten Charakter²⁷⁶; es ist allerdings bereits oben aufgezeigt worden²⁷⁷,

273. vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz § 59 Anm. 1

274. Betriebsrätegesetz für das Land Hessen - HBRG - vom 31.5.1948 - GVBl. 23/1948

275. Engler § 43 Anm. 6, § 46 Anm. 1

276. vgl. oben Erster Teil E. (= S. 57 ff.)

277. vgl. oben Erster Teil B.II.1. (= S. 18 ff.)

daß die herrschende Meinung nach 1945 eine vollständige Abkehr von dem Gedanken einer allgemeinen Beschäftigungspflicht vollzogen hatte²⁷⁸; auf jeden Fall beinhaltet auch im HBRG der Begriff der Weiterbeschäftigung die Fortsetzung des früheren Arbeitsverhältnisses, nicht aber die tatsächliche Wiederaufnahme der Arbeitsleistung.

IV. Betriebsverfassungsgesetz 1952

1. Personelles Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Entlassungen

Das personelle Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Entlassung von Arbeitnehmern war im BetrVG 1952²⁷⁹ im Vergleich zum BRG 1920 oder HBRG in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt worden. Es konnte nach § 60 Abs. 1 BetrVG 1952 nur in Betrieben mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern ausgeübt werden und war auf eine Anhörung vor jeder Einzelkündigung (§ 66 Abs. 1 BetrVG 1952) und eine vorbeugende Beratung bei Massenentlassungen (§ 66 Abs. 2 BetrVG 1952) beschränkt²⁸⁰. Der Grund hierfür war in der Auffassung des Gesetzgebers zu erblicken, daß die Bestimmungen über den sozialen Kündigungsschutz ihrem rechtlichen Wesen nach individuell zu regeln waren und ein eigenes Rechtsinstitut außerhalb der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft des

278. so auch Berger-Jansen § 43 Anm. A 3 (S. 75/76)

279. Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG - vom 11.10.1952 - BGBl. I, 681 ff.

280. Galperin (1. Aufl.) § 66 Anm. I 1; Fitting-Kraegeloh (1. Aufl.) § 66 Anm. 1, 5; Treichel § 66 Anm. 1, 2

Betriebes bildeten, so daß der Betriebsrat nur noch zu einer für alle Beteiligten rechtlich unverbindlichen Vorprüfung heranzuziehen war²⁸¹.

Eine Weiterbeschäftigungspflicht wird im BetrVG 1952 nicht erwähnt²⁸². Die Beteiligung des Betriebsrats bei der Kündigung (vorherige Anhörung)²⁸³ hatte keine Auswirkungen auf das Einzelarbeitsverhältnis. Weitergehende landesrechtliche Bestimmungen - etwa § 42 ff. HBRG - wurden durch § 90 BetrVG 1952 außer Kraft gesetzt.

2. Das Verhältnis zwischen BetrVG 1952 und dem Kündigungsschutzgesetz 1951

Nach allgemeiner Ansicht waren die Fragen des Kündigungsschutzes durch das KSchG 1951²⁸⁴ erschöpfend geregelt, und zwar so, daß der Gesichtspunkt des individuellen Schutzes im Vordergrund stand²⁸⁵. Der Gedanke, neben dem individuellen Kündigungsschutz noch eine aus dem Betriebsverfassungsrecht begründete Mitwirkung und Mitbestimmung bei Kündigungen vorzusehen, ist vom Gesetzgeber nicht verwirklicht worden²⁸⁶. Auch aus dem Ausschußbericht geht hervor, daß die Regierungsparteien

281. Galperin (1. Aufl.) § 66 Anm. I 1; Dietz (1. Aufl.) § 66 Rdnr. 2; ders. (3. Aufl.) § 66 Rdnr. 2, 11 b

283. auch die Nichtanhörung des Betriebsrats blieb nach hM ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Kündigung; vgl. Dietz (4. Aufl.) § 66 Rdnr. 11 a ff.; BAG AP Nr. 1, 2, 4 und 6 zu § 66 BetrVG 1952; a.A.: Fitting-Kraegleloh-Auffarth (3. Aufl.) § 66 Rdnr. 11, 11 a

282. Rummel S. 115

284. KSchG vom 10.8.1951 - BGBI. I, 499 ff.

285. statt aller: Dietz (4. Aufl.) § 66 Rdnr. 2

286. Erdmann (1. Aufl.) Vorbem. zu § 66

sich darin einig waren, daß durch das KSchG 1951 eine erschöpfende Kodifikation des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmer geschaffen war, wodurch dem von einer sozial ungerechtfertigten Kündigung betroffenen Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben wurde, nach Beteiligung des Betriebsrats (§ 2 KSchG 1951) das Arbeitsgericht anzurufen²⁸⁷.

§ 66 Abs. 3 BetrVG 1952 lautete deshalb: "Die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes vom 10.8.1951 bleiben unberührt". Das KSchG hat bewußt den Betriebsrat nicht als entscheidenden Faktor, insbesondere nicht als Sperrinstanz eingeschaltet²⁸⁸. Zwar war vorgesehen, daß der Arbeitnehmer den Betriebsrat anrufen konnte, damit dieser sich mit dem Arbeitgeber in Verbindung setzte und über die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses, d.h. die Rücknahme der Kündigung, beraten konnte, wenn er die Kündigung für unberechtigt erachtete (§ 2 KSchG 1951).

Aber weder die Anrufung oder Nichtanrufung des Betriebsrats noch seine Stellungnahme zu der - bereits ausgesprochenen - Kündigung war für den Kündigungsschutzprozeß oder die Beurteilung der Kündigung auf ihre soziale Rechtfertigung hin von irgendwelchem Einfluß. Der gekündigte Arbeitnehmer hatte jedenfalls mit Ablauf der Kündigungsfrist den Betrieb zu verlassen; eine Weiterbeschäftigungspflicht des

287. Ausschlußbericht des Bundestages (20. Ausschuß) vom 8.7.1952 BT-Drucks. I/3585 S. 13, zit. bei Erdmann a.a.O. (vgl. FußN. 286)

288. Herschel-Steinmann § 2 Rdnr. 1; Hueck (4. Aufl.) § 2 Rdnr. 1; Dietz (4. Aufl.) § 66 Rdnr. 2 m.w.N.

Arbeitgebers fand im KSchG 1951 und im BetrVG 1952 weder eine Erwähnung noch eine sachliche Stütze²⁸⁹.

Galperin²⁹⁰ hat in einer kritischen Analyse des Regierungsentwurfs des neuen Betriebsverfassungsgesetzes (1972) unter Bezugnahme auf § 66 BetrVG 1952 sich noch im Jahre 1971 für eine "saubere Trennung des individualrechtlichen Kündigungsschutzes von den kollektivrechtlichen Mitbestimmungsbefugnissen des Betriebsrats im Rahmen der Betriebsverfassung" eingesetzt und festgestellt, das BetrVG 1952 habe allenfalls eine Beteiligungsmöglichkeit des Betriebsrats an den Vorfragen und am modus procedendi einer Kündigung vorgesehen; dies folge aus § 66 BetrVG 1952 und § 2 KSchG 1969. Die Entscheidung darüber aber, ob der Arbeitgeber sich noch in der Lage sieht, seine enge und notwendig vom persönlichen Vertrauen getragene arbeitsvertragliche Bindung zu einem Mitarbeiter weiterhin aufrechtzuerhalten, sei dagegen eine höchstpersönliche Entscheidung, an der kein Dritter und auch kein Betriebsrat ausschlaggebend beteiligt werden könnten. Eine solche Entscheidung könne in einem Rechtsstaat daher lediglich einer Nachprüfung durch unabhängige Gerichte unterzogen werden. Auch aus diesem Blickwinkel war von der Möglichkeit einer angeordneten Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht die Rede.

289. vgl. End (Diss.) S. 246

290. Galperin (Regierungsentwurf) S. 40 ff. (41)

Abschließend ist insoweit festzustellen:
Nach dem bis zum Inkrafttreten des BetrVG 1972 geltenden Recht konnte während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses der Arbeitnehmer keine dem § 102 Abs. 5 BetrVG vergleichbare Norm zur Geltendmachung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs für sich in Anspruch nehmen; allein dem Arbeitgeber oblag die Entscheidung darüber, ob er den Arbeitnehmer während der Dauer des Prozesses weiterbeschäftigen wollte; nahm er die angebotene Arbeitsleistung nicht an, setzte er sich dem Risiko aus, im Falle eines für ihn negativen Prozeßergebnisses später den Lohn nachzahlen zu müssen, ohne daß er eine Gegenleistung erhalten hatte²⁹¹. Eine Pflicht zur Weiterbeschäftigung in diesem Zeitraum gab es nicht.

V. Entstehung des § 102 Abs. 5 BetrVG 1972

1. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen und sozialen Angelegenheiten

Mit dem Entwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes²⁹² löste die Bundesregierung ein Versprechen ein, das der damalige Bundeskanzler in seiner Regierungserklärung vom 28.10.1969 gegeben hatte²⁹³. Mit der Begründung, die umwälzenden wirtschaftlichen, technischen und gesellschaftlichen Veränderungen, die seit dem Erlaß des BetrVG 1952 eingetreten seien, hätten auch das Betriebsgeschehen erfaßt und dadurch die betrieblichen Verhältnisse sehr

291. vgl. Weber BB 1974, 698 ff. (698/699)

292. Referentenentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes BT-Drucks. VI/1786

293. vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages (6. Wahlperiode), stenographische Berichte Bd. 71 S. 28 (zit. bei Richardi DB 1971, 621 ff.); vgl. die wörtliche Erklärung des damaligen Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung Arendt vor dem Bundestag am 11.2.1971 (Erste Lesung des BetrVG 1972), zit. in "Zur Sache" S. 20

weit von der gesetzlich festgelegten Betriebsverfassung entfernt, hatte die Bundesregierung sich nicht nur auf eine Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11.10.1952 beschränkt, sondern eine neue Kodifikation des Betriebsverfassungsrechts vorgelegt.

Der Regierungsentwurf enthielt unter anderem tiefgreifende Reformbestrebungen bezüglich der Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen und personellen Angelegenheiten²⁹⁴. Die heute geltenden Vorschriften der §§ 87, 92 ff. und 99 ff. BetrVG machen deutlich, in welchem Umfang der Gesetzgeber die Kataloge mitbestimmungspflichtiger sozialer und personeller Maßnahmen ausgebaut hat. Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, die Verstärkung und teilweise Neueinführung der Mitbestimmungsrechte im einzelnen darzulegen. Die Bedeutung dieser Neugestaltung des Betriebsverfassungsrechts hat Minister Arendt seinerzeit wie folgt gekennzeichnet: "Diese neuen Vorschriften enthalten ein Kernstück der Reform der Betriebsverfassung"²⁹⁵.

2. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kündigungen nach dem Regierungsentwurf

Die Vorschrift des § 102 des Regierungsentwurfs sah in Absatz 1 die Festlegung eines zwingenden Anhörungsrechts des Betriebsrats vor jeder Kündigung vor. Absatz 2 räumte dem Betriebsrat die Möglichkeit ein, Bedenken gegen die Kündigung dem Arbeitgeber innerhalb

294. vgl. Galperin (Regierungsentwurf) S. 30 ff.

295. am 11.2.1972 vor dem Bundestag (zit. in "Zur Sache" S. 20

bestimmter Fristen mitzuteilen. Absatz 3 zählte insgesamt fünf Widerspruchsgründe auf; Absatz 4 verpflichtete den Arbeitgeber zur Weitergabe des Widerspruchs des Betriebsrats an den Arbeitnehmer, und Absatz 5 ließ die Möglichkeit offen, zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu vereinbaren, daß Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen²⁹⁶.

Eine Weiterbeschäftigungspflicht, wie sie heute geltendes Recht ist, ergab sich weder direkt noch zwischen den Zeilen aus dem Regierungsentwurf und den dem Entwurf zugrundeliegenden Materialien²⁹⁷.

3. Aufnahme des heutigen § 102 Abs. 5 BetrVG in das neue Gesetz

Die Aufnahme der Vorschrift des § 102 Abs. 5 BetrVG in der heutigen Fassung in das BetrVG geht zurück auf den "Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb und Unternehmen", den die Bundestagsfraktion der CDU/CSU ausgearbeitet und vorgelegt hatte²⁹⁸. Der dortige § 39 Abs. 3 sah vor, daß das Arbeitsverhältnis mindestens bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bestehen bleibt, wenn der Betriebsrat frist- und ordnungsgemäß widersprochen und der Arbeitnehmer gegen die Kündigung Klage nach dem KSchG erhoben hatte.

296. BT-Drucks. VI/1786 § 102 S. 21 linke Sp.; vgl. Synopse S. 174/176

297. auch Galperin (wie Fußn. 294) und Richardi (wie Fußn. 293), die den Regierungsentwurf im Jahre 1971 kritisch untersuchten, ahnten nicht, daß die Konzeption des § 102 des Regierungsentwurfs wenig später eine grundlegende Veränderung erfahren würde

298. BT-Drucks. VI/1806, abgedruckt in: Synopse S. 1 ff.

In der 1. Lesung des Gesetzes am 11.2. 1971²⁹⁹ erläuterte der Abgeordnete Ruf im Namen der CDU/CSU-Fraktion diese Vorschrift³⁰⁰. Der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung war mit Mehrheit der Ansicht, daß wegen der einschneidenden Bedeutung der Kündigung für den Arbeitnehmer sowohl die verstärkte Einschaltung des Betriebsrats nach dem Regierungsentwurf als auch im Grundsatz der Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses während des Kündigungsschutzverfahrens nach dem CDU/CSU-Entwurf eine sachgerechte Sicherung des Arbeitsplatzes darstellten³⁰¹.

Die Bestimmung wurde in der 2. Lesung am 10.11.1971 in den Gesetzentwurf der Bundesregierung eingefügt. In dieser Lesung wurden die einzelnen Bestimmungen des neuen Gesetzes aufgerufen, um über mögliche Änderungsanträge zu debattieren und abzustimmen. Im Protokoll wird der damalige Bundestagsvizepräsident Dr. Hermann Schmitt-Vockenhausen wie folgt zitiert³⁰²:

"Ich rufe die §§ 101 bis 105 auf. Wer den aufgerufenen Paragraphen zustimmen wünscht, den bitte ich um das Zeichen. - Ich danke. - Gegenprobe ! - Stimmenthaltungen ? - Bei einigen Stimmenthaltungen mit sehr großer Mehrheit angenommen".

Am Ende der Aussprache wurde in der 3. Lesung über das gesamte Gesetz in namentlicher

299. Debatte des Bundestages, 101. Sitzung der 6. Legislaturperiode

300. zit. in "Zur Sache" S. 29 ff.(35)

301. Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung, zit. in "Zur Sache" S. 191 ff.(196)

302. aus der Debatte des Deutschen Bundestages vom 10.11.1971, 150. Sitzung der 6. Legislaturperiode, zit. in "Zur Sache" S. 150

Abstimmung abgestimmt. Mit 264 gegen 212 Stimmen bei 4 Stimmenthaltungen und einer ungültigen Stimme wurde das Gesetz verabschiedet.

C. Inhalt und Umfang der Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

Die Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG hat innerhalb weniger Jahre zu einer Fülle von Entscheidungen der Arbeitsgerichte und zum Teil heftigen Diskussionen in der Literatur geführt. Auch wenn mit dem Katalog des § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG einige Befreiungsmöglichkeiten von der Weiterbeschäftigungspflichtung des Satzes 1 der Vorschrift vorgesehen worden waren, mußte man in den wenigen Jahren seit Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes erkennen, daß Inhalt und Umfang der Bestimmung des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG lebhaft umstritten sind³⁰³.

I. Rechtsprechung und Literatur zur Weiterbeschäftigungspflicht des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

1. Sicherung der Lohnfortzahlung während des Kündigungsschutzprozesses

In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG grundsätzlich nur eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses begründen will³⁰⁴.

303. vgl. Zöllner (Gutachten) S. 137 ff.; Pressemitteilung Frankfurter Rundschau vom 5.10. 1978: "Arbeitsministerium will Kündigungsschutz verbessern"

304. AGV Metall/VHAW S. 160; Meisel S. 165

Adomeit³⁰⁵ verweist auf den Stand des Individualrechts, nach dem eine Pflicht zur Beschäftigung nicht allgemein bestehe³⁰⁶.

§ 102 Abs. 5 BetrVG wolle deshalb dem Arbeitnehmer nur den Lohnanspruch neben der allgemeinen Vorschrift des § 615 BGB in den Fällen sichern, in denen der Arbeitnehmer entgegen seinem Verlangen nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht weiterbeschäftigt werde.

Schlochauer³⁰⁷ stellt zwar die Möglichkeit eines "echten Weiterbeschäftigungsanspruchs" in den Raum, hält aber im Grunde doch eine bloße Lohnfortzahlungspflicht für gewollt. Dabei stützt Schlochauer sich auf den Wortlaut des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG, weil dort der Erhalt der unveränderten Arbeitsbedingungen ausdrücklich angesprochen werde. Dies deute in erster Linie auf die Lohnfortzahlung hin; der Arbeitnehmer solle während des Kündigungsschutzprozesses keine finanziellen Nachteile erleiden und insbesondere nicht gezwungen sein, sich einen anderen Arbeitsplatz zu suchen, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen.

Weber³⁰⁸ vertritt die Auffassung, daß aus vollstreckungsrechtlichen Gründen in § 102 Abs. 5 BetrVG keine echte Beschäftigungspflicht statuiert werden konnte; denn eine solche könne wegen § 888 ZPO nicht durchgesetzt werden und sei deshalb "ohne jeden Sinn".³⁰⁹ Auch Galperin³¹⁰

305. Adomeit DB 1971, 2360 ff. (2363)

306. so auch Sahmer (WK-Reihe) § 102 Anm. 16 Abs. 8

307. Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (164)

308. Weber BB 1974, 698 ff. (702)

309. diese Auffassung ist in der Literatur widerlegt worden; vgl. Böhm BB 1974, 1643 ff., der darauf hinweist, daß die Anerkennung von Rechtspflichten im Arbeitsrecht keineswegs an die Möglichkeit ihrer direkten Erzwingbarkeit anknüpft; vgl. Helkenberg S. 71

310. Galperin (Leitfaden) S. 130

meint, eine Klage des betroffenen Arbeitnehmers müsse auf rechtliche Bedenken und Vollstreckungsschwierigkeiten stoßen.

Meisel³¹¹ stellt, ähnlich wie Schlochauer, darauf ab, daß es bei § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nur auf die Erhaltung der materiellen Arbeitsbedingungen ankommt. Ein Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung sei nur dann einzuräumen, soweit ein solcher Anspruch nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen bestehe. Dies kommt einer Ablehnung des tatsächlichen Beschäftigungsanspruchs gleich, da nach eben diesen arbeitsrechtlichen Grundlagen nach Ablauf der Kündigungsfrist überhaupt keine Verpflichtung zur Beschäftigung mangels arbeitsvertraglicher Grundlage besteht^{311a}.

Lepke³¹² meint, es sei wohl schwerlich anzunehmen, daß der Gesetzgeber für den Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, der hinsichtlich seiner Entstehung und Voraussetzungen von so vielen "sozialen Imponderabilien"³¹³ abhängig sei, in der Verschrift des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG eine gesetzliche Grundlage habe schaffen wollen.

In ähnlicher Weise argumentierte das ArbG Berlin in einer Entscheidung vom 7.4.1976³¹⁴. Auch das LAG Baden-Württemberg steht einem Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung skeptisch gegenüber³¹⁵.

311. Meisel BB 1972, 1675 ff.(1677); ders. S. 188 f.

311a. BAG DB 1977, 2099 ff.; vgl. oben Zweiter Teil vor A. (= S. 85 ff.); vgl. unten F. II.

312. Lepke DB 1975, 498 ff. (502/503)

313. Lepke meint damit die zahlreichen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, bevor der Anspruch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 überhaupt entsteht

314. ArbG Berlin DB 1976, 873 = BB 1976, 603 (aufgehoben durch LAG Berlin BB 1976, 1273; vgl. Fußn. 316)

315. LAG Baden-Württemberg BB 1975, 517

2. Verpflichtung zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers

Überwiegend billigen jedoch Rechtsprechung³¹⁶ und Literatur³¹⁷ dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung zu. Teils wird dies ohne nähere Angabe von Gründen einfach festgestellt³¹⁸, teils wird diese Auffassung mit folgenden Argumenten begründet:

316. BAG DB 1977, 2099 = BB 1977, 1504 = NJW 1978, 239 = AuR 1978, 155 = SAE 1978, 242 = ARSt. 1978, 4 (Presseinformation: BB 1977, 849); LAG Düsseldorf DB 1974, 2112; ArbG Villingen-Schwenningen BB 1972, 615; LAG Berlin BB 1976, 1273 (vgl. FuBn. 314); LAG Düsseldorf DB 1976, 1065; ArbG Hildesheim BB 1976, 317; ArbG Kiel DB 1976, 250; ArbG Hamburg DB 1976, 2480 ff.; ArbG Solingen BB 1976, 696 = DB 1976, 727; vgl. ArbG Wilhelmshaven ARSt. 1979 S. 4 für den ähnlichen Fall des § 78 a BetrVG; LAG Berlin ARSt. 1979, 30
317. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 95; Erdmann-Jürging-Kammann § 102 Rdnr. 61; Galperin-Löwisch § 102 Rdnr. 110; Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 52; Stege-Weinspach § 102 Ziff. 4.38272; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102 Rdnr. 32 a; Etzel (Darstellung) S. 204 ff. (205/206); Niederalt S. 230; Gnade-Kehrmannschneider § 102 Rdnr. 20; Heß (Diss.) S. 121; Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 282 ff. (285); Richardi ZfA-Sonderheft 1972, 28; Braasch BB 1976, 319 ff. (320); Gumpert BB 1972, 47 ff. (50); Löwisch DB 1975, 349 ff. (352); Böhm BB 1974, 1641 ff. (1643/1644); Otto RdA 1975, 68 ff. (69); Anton (Diss.) S. 36 ff.; Marcus RdA 1975, 340 ff.; Küchenhoff § 102 Anm. 19; Brede BlStSozArbR 1973, 17 ff. (19); Hoechst AuR 1973, 328 ff. (333); Hinz BB 1974, 1253 ff.; Becker-Schaffner BlStSozArbR 1973, 1 ff.; Helkenberg (Diss.) S. 71; wohl auch Bieback AuR 1977, 321 ff. (332)
318. Halberstadt-Zander S. 209; Bleistein § 102 Rdnr. 514, 529; Ruf DB 1971, 2476 ff. (2479); Bohn-Dutti § 102 Anm. 15; Güntner AuR 1974, 97 ff. (111); unklar Brecht § 102 Rdnr. 10, der es offen läßt, "ob es sich hierbei um eine nur tatsächliche Weiterbeschäftigung oder um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auch nach Ablauf der Kündigungsfrist handelt".

Sinn und Zweck der Weiterbeschäftigung sei es, dem gekündigten Arbeitnehmer während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses und für den Fall des Obsiegens den Arbeitsplatz zu sichern. Es soll vermieden werden, daß der Arbeitgeber den Arbeitsplatz zwischenzeitlich besetzt, so daß eine Weiterbeschäftigung nach Beendigung des Kündigungsschutzprozesses aus betrieblichen Gründen nicht mehr möglich ist und so eine an sich unwirksame Kündigung doch noch zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt.

Eine wirksame Existenzsicherung während der Dauer des Prozesses sei das Ziel des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG; dieses Ziel könne nicht durch eine bloße Lohnfortzahlung, sondern nur durch den tatsächlichen Verbleib des Arbeitnehmers im Betrieb erreicht werden; es dürfe keine Entfremdung vom Arbeitsplatz, keine Entfernung von der zu leistenden Arbeit und keine anderweitige Besetzung des Arbeitsplatzes geben; nur so werde der Arbeitnehmer im Falle des Obsiegens im Kündigungsschutzprozess effektiv im Hinblick auf den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses geschützt, der Arbeitnehmer müsse den Prozeß "aus dem Betrieb heraus" führen können.

Zum Teil wird gerade der letztgenannte Gesichtspunkt betont: Das KSchG gewähre, wie die Erfahrungen im arbeitsgerichtlichen Bereich zeigten, dem Arbeitnehmer keinen ausreichenden Schutz vor ungerechtfertigten Kündigung und dem damit zunächst verbundenen Verlust des Arbeitsplatzes, sondern führe oftmals nur zu einem Abfindungsanspruch, da der Arbeitnehmer

regelmäßig vor Abschluß des Kündigungsschutzprozesses eine neue Stelle angetreten habe und im Falle des Obsiegens seine alte Stelle wegen der inzwischen eingetretenen Entfremdung nicht mehr antreten wolle³¹⁹.

Hinzu kommen die Wortbedeutung des vom Gesetzgeber gewählten Tätigkeitswortes "weiterbeschäftigen"³²⁰ und die Tatsache, daß § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG wohl kaum nur eine Befreiung von einer fortbestehenden Lohnzahlungspflicht bezwecken sollte.

3. Vermittelnde Ansichten zu § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

Es ist auffallend, daß zahlreiche Literaturstimmen zwar im Grunde einem Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung zuneigen, gleichzeitig aber außerhalb des § 102 Abs. 5 BetrVG auf allgemeine Grundsätze zurückgreifen und Ausnahmen von der Weiterbeschäftigungspflicht trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG zulassen.

So endet nach Erdmann-Jürging-Kammann die Weiterbeschäftigungspflicht dann, wenn ein wichtiger Grund entgegensteht³²¹. Nach Hanau³²² und Dietz-Richardi³²³ besteht eine solche Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung nur dann, wenn schon vor der Kündigung eine Beschäftigungspflicht bestand und nicht wegen über-

319. ArbG Hamburg DB 1976, 2480 ff. (2482); Kempff DB 1976, 2111 ff. (2112); Weber BB 1974, 698 ff. (699); LAG Frankfurt EzA Nr. 1 zu § 102 BetrVG "Beschäftigungspflicht"

320. vgl. insbesondere End (Diss.) S. 248 m.w.N.; Gumpert BB 1972, 47 ff. (50) FuBn. 8; vgl. unten C. II. 1. a.

321. Erdmann-Jürging-Kammann § 102 Rdnr. 62 a.E.; a.A.1 Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 52 1.Abs.a.E.

322. Hanau BB 1972, 451 ff. (455); ähnlich Mager-Wisskirchen Anm. zu § 102 BetrVG

323. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 111

wiegender Interessen des Arbeitgebers entfallen war; lediglich die Kündigung selbst ist kein Grund, um ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers anzuerkennen. Fitting-Auffarth-Kaiser³²⁴ sprechen vom Wegfall der Weiterbeschäftigungspflicht, wenn zwingende betriebliche oder persönliche Gründe entgegenstehen.³²⁵

Die Ursache einer solchen einschränkenden oder vermittelnden Betrachtungsweise liegt in folgendem: Würde man in diesen Fällen eine Beschäftigungspflicht bejahen, so würde das in der Regel dazu führen, daß sich der Arbeitgeber von der Beschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG entbinden lassen müßte bzw. könnte, mit der für den Arbeitnehmer negativen Folge, daß ihm außer der tatsächlichen Beschäftigung auch der Anspruch auf Arbeitsentgelt verloren ginge³²⁶. Diese Betrachtungsweise findet sich auch in einigen Arbeitsgerichts-urteilen³²⁷.

II. Stellungnahme

1. Inhalt der Weiterbeschäftigungspflicht

Es sprechen viele Gründe dafür, daß der Gesetzgeber bei der Konzeption des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG daran gedacht hat, dem Arbeitnehmer neben der Lohnsicherung auch durch

324. Fitting-Auffarth-Kaiser § 102 Rdnr. 23 a; vgl. auch Galperin-Löwisch § 102 Rdnr. 110; Rischar S. 191; so auch Etzel (Darstellung) S. 204 ff. (206)

325. so auch Bleistein (Kündigung) S. 192

326. Hoechst AuR 1973, 328 ff. (333); angedeutet von Schlechauer RdA 1973, 157 ff. (164)

327. LAG Berlin BB 1974, 1024 arg. Leitsatz 5; ArbG Solingen DB 1976, 727; LAG Frankfurt EzA Nr. 1 zu § 102 BetrVG "Beschäftigungspflicht"

Gewährung eines einklagbaren Anspruchs auf tatsächliche Weiterbeschäftigung die Möglichkeit zu geben, während eines eventuell mehrere Jahre andauernden Kündigungsschutzprozesses seinen bisherigen Arbeitsplatz im Betrieb zu behalten und effektiv auszufüllen.

a. Wortlaut

Gegen die Ansicht, die lediglich einen Anspruch auf Lohnzahlung gewähren will, wird zum Teil von der Literatur der Wortlaut der Vorschrift als Indiz dafür angeführt, daß eine tatsächliche Beschäftigung gemeint sei. "Weiterbeschäftigen" heiße wohl kaum "Lohn fortzahlen". "Beschäftigen" bedeute "jemandem Arbeit geben" und "Beschäftigung" beinhalte "Tätigkeit" oder "Arbeit"; wer nur Lohn in Empfang nehme, sei nicht beschäftigt; er sei nicht tätig und er arbeite nicht³²⁸.

Diese Auslegung ist allerdings für sich allein nicht ausschlaggebend; denn auch in den früheren Gesetzen (z.B. §§ 87, 97 BRG 1920, 57, 59 AOG) war das Wort "weiterbeschäftigen" enthalten, ohne daß man ihm die inhaltliche Bedeutung einer tatsächlichen Beschäftigung beigemessen hätte³²⁹.

b. Entstehungsgeschichte

Der Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion sah in § 39 Abs. 3 vor, daß das Arbeitsverhältnis

328. End (Diss.) S. 248 m.w.N.

329. vgl. oben Zweiter Teil B.I.1., 2., II.
(= S. 93 ff.)

"mindestens bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bestehen bleibt"³³⁰. Im Ausschlußbericht heißt es nach der Aufnahme dieser Bestimmung in den Gesetzestext, daß "im Grundsatz der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses während des Kündigungsschutzverfahrens nach dem CDU/CSU-Entwurf eine sachgerechte Sicherung des Arbeitsplatzes darstelle"³³¹. Daß der Ausschluß das Anliegen des CDU/CSU-Entwurfs nur "im Grundsatz" anerkannte und die Bestimmung zu der heute gültigen Form umformulierte³³², entsprang der Erkenntnis, daß bei unverändertem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses der Arbeitgeber berechtigt gewesen wäre, den Arbeitnehmer unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts freizustellen; dies sollte zunächst einmal - jedenfalls dem Grundsatz nach - unterbunden werden. Somit wird aus der Veränderung der Fassung des CDU/CSU-Entwurfs deutlich, daß es dem Gesetzgeber nicht auf eine sprachliche Änderung, sondern auf die Anordnung der tatsächlichen Beschäftigung ankam³³³. Dagegen spricht auch nicht die Regelung des § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG, obwohl den Arbeitgeber insbesondere bei kleineren Betrieben die Fortzahlung des Arbeitsentgelts und nicht die tatsächliche Beschäftigung belasten wird; denn die nach dieser Bestimmung mögliche einstweilige Verfügung

330. BT-Drucks. VI/1806 S. 9; vgl. oben Zweiter Teil B.V.3. (S. 105 ff.)

331. vgl. oben Fußn. 301

332. aus "Bestehen bleiben des Arbeitsverhältnisses" wurde "weiterbeschäftigen bei unveränderten Bedingungen"

333. End (Diss.) S. 249; Heß (Diss.) S. 123; Hoechst AuR 1973, 328 ff. (333); a.A.: Meisel DB 1972, 1673 ff. (1677) Fußn. 60

entbindet sowohl von der Weiterbeschäftigungs- als auch von der Lohnfortzahlungspflicht.

c. Rechtssystematische Auslegung

Daß die Bestimmung des § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nicht den Inhalt hat, allein das Lohnrisiko zu regeln, ergibt sich sowohl aus dem Aufbau des § 1o2 Abs. 5 BetrVG als auch aus den allgemeinen Grundsätzen des Annahmeverzugs (§ 615 BGB).

Nach § 1o2 Abs. 5 Satz 2 BetrVG kann das Gericht den Arbeitgeber auf Antrag durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung entbinden, wenn

1. die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint
2. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde oder
3. der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.

Diese drei Fallgruppen des § 1o2 Abs. 5 Satz 2 BetrVG bilden einen Ausweg, den der Arbeitgeber nur in verhältnismäßig wenigen, krassen Fällen beschreiten kann, wenn die Grundregel der Vorschrift, nämlich die Weiterbeschäftigungspflicht, nicht in den Ausnahmefall verkehrt werden soll³³⁴.

Nicht richtig ist es deshalb, wenn Galperin meint³³⁵, der Arbeitgeber könne grundsätzlich die Weiterbeschäftigung ablehnen und, wenn er dies wegen des möglicherweise schwer überschaubaren Zahlungsrisikos im Falle einer erfolgreichen Klage für notwendig hält, jeweils die

334. vgl. Gumpert BB 1972, 47 ff. (5o); Berrmann DB 1975, 882 ff. (883)

335. Galperin (Leitfaden) wie Fußn. 31o

Weiterbeschäftigungsfrage vom Prozeßgericht im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG klären lassen³³⁶. Vielmehr macht § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG deutlich, daß nur über das Vorliegen einer der drei dort genannten Fallgruppen der Arbeitnehmer aus dem Betrieb entfernt werden kann; die Vorschrift beinhaltet somit nicht nur den Wegfall des Anspruchs auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts, sondern zugleich die Ablehnung der - also von § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG angeordneten - tatsächlichen Entgegennahme der Arbeitsleistung für die Dauer des Kündigungs-schutzprozesses.

Eine ähnliche Argumentation läßt sich daran anknüpfen: der Arbeitgeber kann in allen Fällen, in denen eine Voraussetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs eindeutig nicht vorliegt, die Weiterbeschäftigung ablehnen und den Arbeitnehmer auf den Rechtsweg verweisen³³⁷. Allerdings trägt er dabei das Risiko, den Lohn unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nachzahlen zu müssen, wenn der Arbeitnehmer mit seiner Klage auf Weiterbeschäftigung Erfolg hat. Die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG durch einstweilige Verfügung kommt also nur dann in Betracht, wenn eine Pflicht zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung besteht.

336. Es besteht im Rahmen des § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG auch ein erhebliches Haftungsrisiko des Arbeitgebers nach § 945 ZPO: vgl. BAG DB 1979, 652

337. LAG Düsseldorf 14.7.1972 - 9 Sa 443/72; ArbG Aalen 31.5.1972 - 2 Ca 73/72; beide Entscheidungen sind zitiert bei Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (164) Fußn. 63 und 64

Nur in dieser Weise können die Sätze 1 und 2 der Vorschrift aufeinander abgestimmt sein.

Ein Drittes kommt hinzu: Würde man der Bestimmung des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG den Inhalt geben, daß sie keine Pflicht zur Beschäftigung statuiert, sondern allein das Lohnrisiko regelt, so müßte man folgerichtig zu dem Ergebnis kommen, daß eine Lohnzahlungspflicht nur noch unter des Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG besteht und im übrigen der Anspruch auf Lohnzahlung entfällt, auch wenn er wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers nach § 615 BGB gegeben wäre³³⁸. Denn auch wenn die Voraussetzungen für einen Widerspruch nach § 102 Abs. 3 BetrVG nicht vorliegen oder der Betriebsrat keinen Widerspruch einlegt, so hat der Arbeitnehmer möglicherweise doch den Anspruch auf Lohnzahlung nach § 615 BGB, wenn durch die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst wurde³³⁹. Deshalb geht es bei § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nicht um das Lohnrisiko, sondern um die Verpflichtung des Arbeitgebers zur tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses.

d. Sinn und Zweck

Letztlich muß nochmals das rechtspolitische Ziel der Vorschrift in den Vordergrund gestellt werden. Der Weiterbeschäftigungsanspruch soll eine individualrechtliche Schutzposition des Arbeitnehmers darstellen, deren Legitimation

338. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 95 a.E.; ders.
ZfA 1972 Sonderheft 1 S. 1 ff. (28)

339. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 114

aus dem Bedürfnis nach praktischer Verbesserung des Kündigungsschutzes resultiert³⁴⁰.

Es hat sich seit langem in der Praxis herausgestellt, daß das KSchG seine Hauptaufgabe, den Arbeitnehmer vor ungerechtfertigten Kündigungen und dem damit verbundenen Verlust des Arbeitsplatzes im Betrieb zu schützen, nur unvollkommen erfüllt. Es ist an anderer Stelle mit hinreichender Deutlichkeit auf die lange Verfahrensdauer und die Tatsache hingewiesen worden, daß der allergrößte Teil der anhängig gemachten Kündigungsschutzprozesse nicht mit der faktischen Wiedereingliederung in den Betrieb endete³⁴¹.

Der gekündigte Arbeitnehmer hatte in den meisten Fällen mit Ablauf der Kündigungsfrist den Betrieb zu verlassen. Auch wenn er Klage erhob, war er gezwungen, in ein neues Arbeitsverhältnis einzutreten, wenn er sich nicht mit der Arbeitslosenunterstützung zufrieden geben wollte. Bevor der Kündigungsschutzprozeß abgeschlossen war, hatte der Arbeitgeber den freigewordenen Arbeitsplatz zumeist neu besetzt. Selbst wenn das Gericht feststellte, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgehoben worden war, kehrte daher der Arbeitnehmer selten an seinen alten Arbeitsplatz zurück. Oft wurde das Arbeitsverhältnis nach § 9 KSchG aufgelöst und vielfach übte der

340. Anton (Diss) S. 36, 37; Richardi ZfA 1972 Sonderheft 1 S. 1 ff. (28); LAG Düsseldorf DB 1974, 2112

341. vgl. z.B. Kempff DB 1976, 2111 ff. (2112); Netter DB 1976, 772 ff. (772 Fußn. 3); ArbG Wilhelmshaven DB 1978, 306; LAG Frankfurt EzA Nr. 1 zu § 102 BetrVG "Beschäftigungspflicht"; Becker-Rommelspacher ZRP 1976, 40 ff. (40/41)

Arbeitnehmer sein Wahlrecht nach § 12 KSchG zugunsten des inzwischen neu eingegangenen Arbeitsverhältnisses aus. So konnte das KSchG lediglich die Auswirkungen einer ungerechtfertigten Kündigung abmildern. Der ursprüngliche Arbeitsplatz blieb dem Arbeitnehmer selten erhalten; der Gedanke des Bestandsschutzes konnte kaum verwirklicht werden³⁴².

Richardi³⁴³ hat den rechtspolitischen Zweck der Vorschrift kurz und bündig wie folgt umschrieben: es soll nicht der Grundsatz herrschen "dulde und liquidiere", sondern es soll der Arbeitsplatz gesichert werden.

Die parlamentarischen Beratungen bestätigen diese Auffassung. Der Abgeordnete Ruf³⁴⁴

"... wir wollen verhindern, daß der Arbeitnehmer bis zum Ende des Prozesses außerhalb des Betriebes steht und selbst nach günstigem Urteil nicht zurückkehren kann, weil die psychische Belastung für ihn vielfach zu groß wäre ..."

und der Abgeordnete Zink³⁴⁵

"... legte der CDU/CSU-Entwurf seinen Schwerpunkt auf Erhaltung des Arbeitsplatzes bei sozial ungerechtfertigten Kündigungen ..."

haben deutlich gemacht, daß der gekündigte Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen

342. End (Diss.) S. 246, 247; Göttling-Hoentges-Zepp RdA 1972, 282 (285); Galperin-Löwisch § 102 Rdnr. 96; sehr zurückhaltend aber Hueck § 1 Rdnr. 3 a.E.

343. Richardi ZfA 1972 Sonderheft 1 S. 1 ff. (28); Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 95

344. Thomas Ruf, CDU/CSU-Fraktion, am 11.2.1971 in der 1. Lesung des BetrVG vor dem Bundestag (zit. in: "Zur Sache" S. 35); Hans-Heinrich Schmidt, FDP-Fraktion, entgegnete Ruf mit dem Hinweis auf die Kostenbelastung des Arbeitgebers durch die Weiterbeschäftigungspflicht

345. Otto Zink, CDU/CSU-Fraktion, am 10.11.1971 in der 2. Lesung des BetrVG vor dem Bundestag (zit. in: "Zur Sache" S. 76)

bis zum Abschluß des Prozesses im Betrieb weiterarbeiten soll. In den Ausschlußberatungen schloß sich der Ausschuß dieser Betrachtungsweise an.

Auch aus tatsächlicher Sicht spricht einiges dafür, daß ein "effektiver" Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfrist nur durch eine echte Weiterbeschäftigung gewährleistet werden kann. Die lange Unterbrechung der Beschäftigung durch den Gang des Kündigungsschutzprozesses bringt neben der Entfremdung vom Arbeitsplatz auch die Gefahr des Verlustes nicht nachholbarer Ausbildungsabschnitte bzw. Fortbildungserfordernisse mit sich³⁴⁶. Es ist durchaus einleuchtend, daß infolge des raschen technischen Fortschritts ein qualifizierter Facharbeiter, wenn er nach einem Obsiegen in zweiter oder dritter Instanz wieder in den Betrieb zurückkommt, tatsächlich "den Anschluß verloren" hat.

Die Umgestaltung ganzer Herstellungsmethoden, Maschinenanlagen oder Fertigungsverfahren kann durch technischen Fortschritt innerhalb kurzer Zeit eintreten³⁴⁷; wer nach einer solchen Veränderung in den Betrieb zurückkehrt, wird - zunächst - nicht mehr die Leistung erbringen können, zu der er während des Bestehens des ungekündigten Arbeitsverhältnisses in der Lage war. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß die Bindung des Arbeitnehmers an den Betrieb

346. Rischar S. 191

347. man denke z.B. an die Einführung rechnergesteuerter Textsysteme im Druck- und Verlagswesen; die Problematik ist angedeutet bei Löwisch DB 1978 Beil. Nr. 7 S. 1 ff.

und der Wille zum Festhalten am Arbeitsverhältnis in entscheidendem Maß gelockert werden, wenn der Arbeitnehmer feststellen muß, daß der Arbeitsplatz, den er innehatte oder auf den er hätte umgesetzt werden können, inzwischen durch Modernisierung umgestaltet oder einem anderen Mitarbeiter übertragen worden ist. Diese vollendeten Tatsachen werden die Bereitschaft des Arbeitnehmers zum Ausscheiden verstärken³⁴⁸.

Dieses Bestreben des Gesetzgebers, dem Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen nach Ablauf der Kündigungsfrist durch Einräumung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs den Arbeitsplatz tatsächlich zu erhalten, ist nach Auffassung des Verfassers dermaßgebliche Grund für die Bejahung der Verpflichtung zur Entgegennahme der tatsächlichen Arbeitsleistung; auf diesem Weg wird ein effektiver Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses nach gegenwärtiger Rechtslage noch am ehesten erreicht³⁴⁹.

An dieser Stelle sei erwähnt, daß der so verstandene Inhalt der Weiterbeschäftigungspflicht auch noch durch "unveränderte Arbeitsbedingungen" konkretisiert wird. Zunächst hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohn- bzw. Gehaltszahlung entsprechend den jeweiligen Auszahlungszeitpunkten. Tarifliche oder betrieb-

348. Hoechst AuR 1973, 328 ff. (333); vgl. Borrmann DB 1975, 882 ff. (884)

349. Richardi (§ 102 Rdnr. 95) formuliert beinahe überspitzt: "Juristischer Kündigungsschutz ist aber praktisch nur etwas wert, wenn er nicht durch eine Politik der vollendeten Tatsachen überrollt werden kann"

liche Lohnerhöhungen kommen auch den weiterbeschäftigten Arbeitnehmern zugute³⁵⁰; auch der Anspruch auf Nebenleistungen bleibt bestehen (z.B. Werkswohnung³⁵¹). Keinen Anspruch erwirbt der Arbeitnehmer jedoch, soweit Zuwendungen nicht nur tätigkeitsbezogen sind, sondern an ein nicht aufgekündigtes Arbeitsverhältnis oder an eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit anknüpfen, wie es etwa bei Jubiläumszahlungen oder Ansprüchen aus der betrieblichen Altersversorgung der Fall sein kann³⁵².

2. Umfang der Weiterbeschäftigungspflicht

Die Bejahung des Anspruchs auf tatsächliche Weiterbeschäftigung zieht die Frage nach sich, in welchem Umfang der Arbeitgeber nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG zur tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet ist. Diese Frage zielt nicht auf den zum Teil erheblich umstrittenen Anwendungsbereich der Vorschrift ab, da die Erörterung der einzelnen Probleme³⁵³ den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde. Es geht auch nicht um den zeitlichen Umfang der Weiterbeschäftigungspflicht³⁵⁴,

350. Stege-Weinspach § 102 Ziff. 4.38272 (= S. 494); Schaub § 123 VIII 14; vgl. auch Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 52

351. Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (164)

352. Galperin-Löwisch § 102 Rdnr. 109 m.w.N.; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102 Rdnr. 23 a

353. soweit oben (Erster Teil A. III. = S. 91 ff.) die herrschende Meinung zum Anwendungsbereich des § 102 Abs. 5 BetrVG im Überblick dargestellt wurde, läßt sich sagen, daß zu sämtlichen Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG vielfältige abweichende Meinungen vertreten werden (vgl. die Fußn. 254, 255, 257, 258 und 259 jeweils a.E.)

354. nach absolut h.M. wird der Zeitraum vom Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Beendigung des Kündigungsschutzprozesses erfaßt (vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser § 102 Rdnr. 23 m.w.N.)

sondern allein darum, ob die Verpflichtung des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG in jedem Fall, in dem die Voraussetzungen dem Wortlaut nach gegeben sind, besteht.

a. Die Regelung des § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG

Der Arbeitgeber kann von der nach Abs. 5 Satz 1 der Vorschrift bestehenden Weiterbeschäftigungspflicht durch einstweilige Verfügung des Arbeitsgerichts, die auf seinen Antrag erlassen werden kann, befreit werden. Die Entscheidung ergeht nicht im Beschlußverfahren nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 8 Abs. 1, 80 ff., 85 Abs. 2 ArbGG, sondern im Urteilsverfahren, da es nicht um eine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit, sondern um die Regelung individualrechtlicher Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht³⁵⁵.

Die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht kann unter den in § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG genannten Voraussetzungen

-
355. h.M.: Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 55; Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 106; Galperin-Löwisch § 102 Rdnr. 123; Fitting-Auffarth-Kaiser § 102 Rdnr. 24; Stege-Weinspach § 102 Ziff. 4.38275 (S. 501) m.w.N.; Frauenkron § 102 Anm. 20; Etzel (Darstellung) S. 204 ff. (209); Feichtinger S. 130; Bleistein § 102 Rdnr. 525; LAG Düsseldorf EzA Nr. 4 zu § 102 "Beschäftigungspflicht"; LAG Baden-Württemberg BB 1975, 43; Ditz ZfA 1972, 247 ff. (254/255) und AuR 1973, 353 ff. (371); LAG Berlin DB 1974, 1629; Leitsatz 1; ArbG Bochum DB 1973, 1558; ArbG Berlin DB 1973, 192; vgl. auch für den gleichgelagerten Fall des § 78 a BetrVG; BAG DB 1976, 442 ff.;
- a.A.: Hinz BB 1974, 1253 ff.; Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (164) FuBn. 66 ff.; Küster DB 1972, 631 ff.; ArbG Ludwigsburg BB 1972, 495; Schaub (Betriebsrat) S. 250

erfolgen. Es besteht in der Literatur Einigkeit darüber, daß die dort aufgeführten Beispiele nur in recht krassen Fällen zum Zuge kommen³⁵⁶.

Die praktischen Schwierigkeiten im Musterbeispiel des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG folgen für den Arbeitgeber schon aus der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozeß³⁵⁷: der Arbeitgeber ist für personen- und verhaltensbedingte Gründe ebenso in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtig wie für betriebsbedingte Gründe. Im Rahmen des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung muß er derartige Gründe glaubhaft machen, während der Arbeitnehmer sich zunächst darauf beschränken kann, ihr Vorliegen zu verneinen; bietet eine Kündigungsschutzklage hinreichend Aussicht auf Erfolg, so kann sie kaum mutwillig sein.

Der Sachverhalt der unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung (§ 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG) wird nur ganz ausnahmsweise gegeben sein, weil dem Arbeitgeber bei vorläufiger Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers

356. vgl. oben Zweiter Teil C.II.1. (= S. 113 ff.) mit Fußn. 334; vgl. Gnade-Kehrmann-Schneider § 102 Anm. 24; Sahmer (WK-Reihe) § 102 Anm. 17; außerdem setzt sich der Arbeitgeber einem nicht unerheblichen Haftungsrisiko (§ 945 ZPO) aus (vgl. BAG 31.8.1978 - 3 AZR 989/77 - DB 1979, 652);
a.A.: Siebert § 102 Anm. zu Abs. 5: "Die in Ziff. 1 bis 3 genannten Bedingungen sind recht weit gefaßt und geben keine Garantie gegen Mißbrauch"; eine Begründung gibt Siebert jedoch nicht

357. Hueck § 1 Rdnr. 151

ja auch dessen Arbeitskraft zur Verfügung steht³⁵⁸. Es wird auch nicht allzu oft vorkommen, daß ein im Sinne des Prozeßrechts schlüssiger Widerspruch des Betriebsrats, der konstruktiv und substantiiert ist, doch "offensichtlich unbegründet" i.S.d. § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG sein könnte³⁵⁹.

Die Regelung des § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG wird - sofern dieses Problem überhaupt von dem jeweiligen Verfasser behandelt wird - zum Teil als abschließende Regelung angesehen. Gehe man davon aus, daß der Gesetzgeber in bewußter Abweichung von der bisherigen Rechtsauffassung eine echte Weiterbeschäftigungspflicht schaffen wollte, von der sich der Arbeitgeber lediglich aus den in Satz 2 Nr. 1 bis 3 enumerativ aufgeführten Gründen befreien lassen könne, so erscheine es inkonsequent, daneben - insbesondere in Anlehnung an die bisherige Rechtslage - weitere Tatbestände anzuerkennen, die den Anspruch auf Weiterbeschäftigung unmittelbar, also ohne Inanspruchnahme des Arbeitsgerichts - entfallen lassen³⁶⁰. Der Arbeitgeber könne daher von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung nur vom Arbeitsgericht unter den engen Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG entbunden werden;

358. ArbG Berlin DB 1973, 192; Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 104; Borrmann DB 1975, 882 ff. (883); ArbG Solingen DB 1976, 1385; sinngemäß auch LAG Berlin ARSt. 1978, 178, das erst bei dem Weiterbeschäftigungsverlangen einer Vielzahl von Arbeitnehmern, die aus betriebsbedingten Gründen wegen Auftragsmangels gekündigt worden waren, den Fall des § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG für gegeben hält; gesunkene Umsätze reichen nicht aus: ArbG Rosenheim 27.2.1974 (zit. bei Etzel S. 161 = Rdnr. 296)

359. ausführlich Borrmann DB 1975, 882 ff.

360. Helkenberg (Diss.) S. 82/83

dies gelte auch und gerade, wenn der Weiterbeschäftigung ein wichtiger Grund entgegenstehe³⁶¹. Auch in der Kommentierung der Vorschrift wird von dem "erschöpfenden Katalog"³⁶² des § 1o2 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG gesprochen.

b. Einschränkende Auffassungen der Literatur und Rechtsprechung

Mit zum Teil vorsichtigen Formulierungen gestehen verschiedene Verfasser und Arbeitsgerichte dem Arbeitgeber in bestimmten Fällen das Recht zu, trotz Bestehens eines Weiterbeschäftigungsanspruchs den Arbeitnehmer außerhalb der Regelung des § 1o2 Abs. 5 Satz 2 BetrVG bei voller Lohnfortzahlung freizustellen.

Schaub³⁶³ läßt die Beschäftigungspflicht wegfallen, wenn der Arbeitsplatz inzwischen fortgefallen ist.

Anderer Verfasser stellen fest, daß der im Rahmen der allgemeinen Beschäftigungspflicht anerkannte Freistellungsgrund der "überwiegenden Interessen des Arbeitgebers" in § 1o2 Abs. 5 Satz 2 BetrVG nicht aufgenommen wurde; deshalb sei davon auszugehen, daß eine Befreiung von § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nur unter engen Voraussetzungen möglich sei³⁶⁴. Andererseits könne von niemandem Unzumutbares verlangt werden; deshalb entstehe der Anspruch des Arbeitnehmers dann nicht, wenn aus einem wichtigen Grund dem Arbeitgeber nicht zugemutet

361. Heß (Diss.) S. 124

362. Kraft GK-BetrVG § 1o2 Rdnr. 56, 52; ebenso Gnade-Kehrmann-Schneider § 1o2 Rdnr. 24

363. Schaub § 123 VIII 14. unter Berufung auf ArbG Solingen DB 1976, 727

364. End (Diss.) S. 25o

werden kann, den Arbeitnehmer an seinem alten Platz zu belassen, und eine Versetzung nicht möglich sei³⁶⁵.

Beispiele für solche Situationen, die von den drei Fallgruppen des Abs. 5 Satz 2 der Vorschrift nicht erfaßt werden, lassen sich viele bilden. Wenn z.B. der Arbeitnehmer während seiner Weiterbeschäftigung möglicherweise weitere Betriebsgeheimnisse erfährt oder auch sonst über Vorgänge unterrichtet werden müßte, deren Geheimhaltung im besonderen und berechtigten Interesse des Betriebes liegt, kann sich ein solcher wichtiger Grund ergeben, oder der Arbeitgeber hat eine Abteilung seines Betriebes aus wirtschaftlichen Gründen geschlossen - hier muß eine Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers abgelehnt werden können, da der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein kann, die Produktion an den unrentablen Arbeitsplätzen bis zum rechtskräftigen Ende des Kündigungsschutzprozesses aufrechtzuerhalten, nur um einer Beschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG nachzukommen. Auch das LAG Düsseldorf hat aufgezeigt, daß beispielsweise bei einer Betriebseinschränkung oder -stillegung ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen nicht in Frage kommen kann³⁶⁶. Natürlich berechtigt nicht schon jede Unzuverlässigkeit im Betrieb, dem Verlangen des

-
365. vgl. Fallbeispiele bei Stege-Weinspach § 102 Ziff. 4.38272 (= S. 495): Stillegung eines Betriebes oder einzelner Betriebsabteilungen, Absatzstockungen, Mangel an Aufträgen, Gefährdung von Betriebsanlagen; vgl. Galperin-Löwisch § 102 Rdnr. 110
366. LAG Düsseldorf EzA Nr. 5 zu § 102 BetrVG "Beschäftigungspflicht", Gründe letzter Absatz

Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung nicht nachzukommen. Hauptsächlich wichtige Gründe, die den Arbeitgeber auch zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt hätten, werden unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben eine Weiterbeschäftigung entfallen lassen³⁶⁷.

Zahlreiche Stimmen gehen noch einen Schritt weiter und lassen den Weiterbeschäftigungsanspruch entfallen, wenn auf Arbeitgeberseite ein berechtigtes Interesse an einer Nichtbeschäftigung besteht³⁶⁸. Vor Ablauf der Kündigungsfrist ist nämlich der Arbeitgeber zu einer Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer kein beachtenswertes Interesse an der Beschäftigung hat oder wenn überwiegende Interessen des Arbeitgebers gegen die Beschäftigung sprechen³⁶⁹. Diese Rechtslage wird durch § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nicht geändert, wenn man davon absieht, daß diese Bestimmung mittelbar eine Bestätigung für den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers bringt³⁷⁰. Soweit ein Arbeitnehmer schon vor der Kündigung auf Grund seines Arbeitsverhältnisses nicht verlangen konnte, tatsächlich beschäftigt zu werden, unterliegt die Beschäfti-

-
367. das Abgrenzungsmerkmal der "Unzumutbarkeit" wird herangezogen von Meisel DB 1972, 1675 ff; (1677); End (Diss.) S. 250/251; Erdmann-Jürging-Kammann § 102 Rdnr. 62 a.E. (der dort genannte mögliche Verstoß gegen § 23 BetrVG ist allerdings abwegig; vgl. Fußn. 355)
368. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 95, 111; Hanau BB 1972, 451 ff. (455); ähnlich Mager-Wisskirchen Anm. zu § 102; Stege-Weinspach § 102 Ziff. 4.38272; Küchenhoff § 102 Anm. 19; BAG BB 1976, 1561 f. = DB 1976, 2308; ArbG Solingen DB 1976, 727 = BB 1976, 696
369. vgl. oben Erster Teil C.I. und C.II. (= S. 23 ff.); auch AGV Metall/VHAW (S. 160) nehmen auf die schon früher bestehenden Grenzen der allgemeinen Beschäftigungspflicht Bezug
370. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 111; dazu unten ausführlich unter E.

gungspflicht auch für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses derselben Einschränkung. Lediglich die Kündigung selbst ist kein Grund, um ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers anzuerkennen.

Schlochauer³⁷¹ weist noch darauf hin, daß eine Schlechterstellung des Arbeitgebers nach Ablauf der Kündigungsfrist dahingehend, daß in jedem Fall ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung bestünde, nicht gewollt erscheine. Vielmehr werde man sagen können, daß der Arbeitgeber der Weiterbeschäftigungspflicht durch die Lohnzahlung dann genüge, wenn er bei Abwägung der beiderseitigen Interessen ein überwiegendes Interesse am Ausscheiden des Arbeitnehmers habe.

Fitting-Auffarth-Kaiser bringen zum Ausdruck³⁷², daß die Weiterbeschäftigungspflicht dann - wie auch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis - entfalle, wenn zwingende betriebliche oder persönliche Gründe entgegenstehen. Diese Formulierung dürfte in ihren Anforderungen zwischen dem wichtigen Grund und der Interessenabwägung liegen.

c. Entscheidung für eine sorgfältige Interessenabwägung

Der Umfang der Weiterbeschäftigungspflicht kann, von den Fallgruppen des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG einmal abgesehen, nur im Wege einer sorgfältigen Interessen-

371. Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (164)

372. Fitting-Auffarth-Kaiser § 102 Rdnr. 23 a; vgl. Gester-Zachert, Jahrbuch des Arbeitsrechts Br. 12 S. 100/101

abwägung ermittelt werden.

Dabei ist es methodisch zweifelhaft, die Unzumutbarkeit als Kriterium des Wegfalls der Weiterbeschäftigungspflicht anzusehen. Zwar ist es bereits ein allgemeiner Rechtsgedanke, daß die Rechtsordnung von niemandem Unzumutbares verlangen kann; dem stehen das Wesen der rechtsstaatlichen Ordnung (Art. 20 GG) sowie der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen³⁷³.

Das Merkmal "unzumutbar" ist aber bereits das Ergebnis einer Abwägung aller für die Beantwortung einer Frage in Betracht kommender Aspekte; es ist kein Mittel zur Interessenabwägung, sondern bereits deren Ergebnis. Die Interessenabwägung muß also auf anderen Kriterien aufbauen.

Einleuchtend ist das Argument, daß die Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG den Arbeitnehmer nicht schlechter, aber auch nicht besser als im ungekündigten Arbeitsverhältnis stellen will. Dieser Grundsatz führt zur Interessenabwägung, wie sie auch bei der Beurteilung der allgemeinen Beschäftigungspflicht vorgenommen werden muß. Insoweit kann auf die im Ersten Teil^{373a} der Arbeit angestellten Überlegungen Bezug genommen und festgestellt werden, daß der Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeit-

373. vgl. oben Erster Teil E.III.3. (= S. 81)
373a. vgl. oben Erster Teil E.III. (= S. 73 ff.)

nehmers dort seine Grenze haben muß, wo aus bestimmten Gründen das betriebliche Interesse das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt.

Die Befürchtung, der Arbeitgeber könne bei dieser Interessenabwägung verhältnismäßig leicht betriebliche Gründe vorschieben³⁷⁴, besteht zu Unrecht. Denn man muß sich darüber klar sein, daß die Befreiung von der Weiterbeschäftigungspflicht außerhalb des § 1o2 Abs. 5 Satz 2 BetrVG eine bezahlte Freistellung bedeutet, an der sich auch dann nichts ändert, wenn der Arbeitnehmer den Kündigungsschutzprozeß verliert; das Urteil wirkt mit Eintritt der Rechtskraft insoweit nur ex nunc; eine Befreiung auch von der Lohnzahlungspflicht wird nur in den Fällen des § 1o2 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG gewährt. Diese Konsequenz wird sich jeder Arbeitgeber sorgfältig überlegen, wenn der Arbeitnehmer beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG die Weiterbeschäftigung verlangt. Aus dem gleichen Grund kann man nicht sagen, bei einer solchen Betrachtungsweise werde die Grundregel des Gesetzes, nämlich die Pflicht zur Weiterbeschäftigung, in den Ausnahmefall verkehrt³⁷⁵.

374. vgl. z.B. Siebert § 1o2 Anm. zu Abs. 5
375. so aber Gnade-Kehrman-Schneider § 1o2 Rdnr. 24; abwegig Siebert, § 1o2 Anm. zu Abs. 5, der hier eine "Einseitigkeit der Herrschaftsstruktur im Betrieb" zu sehen glaubt und generell feststellt: "Während § 1o2 die Bezeichnung 'Mitbestimmung' bei Kündigungen' trägt, öffnet er in Wirklichkeit der Unternehmerwillkür Tür und Tor"

Gerade im Falle einer betriebsbedingten Kündigung, bei welcher der Wegfall des Arbeitsplatzes infolge Auftragsmangels, Produktionseinschränkung, Rezession oder dergleichen im wesentlichen unstreitig ist, wird regelmäßig die vorläufige Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers nur unter großen Schwierigkeiten möglich sein; denn wäre sie auch nur vorübergehend möglich, so müßten hinsichtlich der Betriebsbedingtheit der Kündigung erhebliche Zweifel angemeldet werden. Der Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers kann zwar als solcher noch vorhanden sein, ist aber mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt, wobei dann strittig ist, wem dieser Arbeitsplatz nach den Richtlinien der sozialen Auswahl zusteht. Insoweit müssen dem in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer vorrangige Rechte gegenüber dem gekündigten Arbeitnehmer zugewillt werden, der nach § 102 Abs. 5 BetrVG die Weiterbeschäftigung verlangt³⁷⁶.

Etwas ist noch klarzustellen: Es geht nicht darum, die eng begrenzten Fallgruppen des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG auszuweiten oder zu unterlaufen. Ebenso wie Abs. 3 Nr. 1 bis 5 und Abs. 5 Satz 1 der Vorschrift an genaue Voraussetzungen anknüpfen, ist auch Satz 2 der Vorschrift als abschließende Aufzählung der Befreiungs-

376. ArbG Solingen DB 1976, 727

möglichkeiten anzusehen³⁷⁷. Wichtig ist aber, daß die zum Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis geltenden Grundsätze, sei es auf der vom BAG oder auf der vom Verfasser konstruierten Rechtsgrundlage^{377a}, nicht mit dem Tag des Ablaufs der Kündigungsfrist jegliche Wirkung verlieren. Vielmehr will § 102 Abs. 5 BetrVG diese Rechtslage nicht ändern, sondern geht ebenfalls von diesen Grundsätzen aus und verlangt nur - aus der besonderen Situation des gekündigten Arbeitsverhältnisses heraus -, daß darüberhinaus bestimmte Voraussetzungen gegeben sind.

Die allgemeinen Grundlagen, beispielsweise die durch Richterrecht geschaffenen Grundsätze zur Bejahung der nach Auffassung des BAG bestehenden allgemeinen Beschäftigungspflicht während des ungekündigten Arbeitsverhältnisses, kamen bisher deshalb nicht zur Anwendung, weil mit Ablauf der Kündigungsfrist die Grundlage des Anspruchs - Fürsorgepflicht, Gemeinschaftsverhältnis oder personenrechtlicher Austauschvertrag - weggefallen war; soweit die Fürsorgepflicht auch als Anspruchsgrundlage über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus Bedeutung hat, gilt dies im wesentlichen nur für Nebenpflichten, die aus der Abwicklung des Vertragsverhältnisses herrühren³⁷⁸; das Arbeitsrecht kennt nur die nachträgliche Überprüfung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

377. Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 56

377a. vgl. oben Erster Teil E. I. 1 IV.

378. vgl. Schaub § 108 I 3; insbesondere § 148 II 6 und IV 2 für unrichtiges oder verspätetes Ausfüllen von Lohnsteuer- und Arbeitsbescheinigung; § 147 4. zur Verpflichtung, dem Arbeitnehmer bei seinem Fortkommen behilflich zu sein

Wenn der Gesetzgeber nunmehr ein gesetzliches Schuldverhältnis³⁷⁹ vorschreibt, so müssen diese allgemeinen Grundsätze gleichsam als "Unterbau" dieses Schuldverhältnisses weiterhin Geltung haben. § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG setzt dies als ungeschriebenes Erfordernis voraus und regelt dann - wegen des inzwischen durch den Ablauf der Kündigungsfrist beendeten Arbeitsverhältnisses - bestimmte Voraussetzungen, die zur Begründung des Weiterbeschäftigungsanspruchs notwendig sind. Fehlt also bereits ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers wegen überwiegender Interessen des Arbeitgebers an einer bezahlten Freistellung des Arbeitnehmers^{38o}, so kommt man nicht zu einer Ausweitung der Befreiungsmöglichkeiten des § 1o2 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG, sondern muß konsequenterweise sagen, daß schon die Grundlage für eine Anwendung des § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG fehlt³⁸¹.

Der Arbeitgeber soll, soweit es um die Frage der je nach dem Ergebnis der Interessenabwägung ausfallenden Beschäftigungspflicht geht, für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht schlechter gestellt werden als zur Zeit des bestehenden Arbeitsverhältnisses; der Arbeitnehmer hat die Chance der Besserstellung, wenn auf der Basis des

379. zum Rechtscharakter des Weiterbeschäftigungsverhältnisses wird unten unter D. ausführlich Stellung genommen

38o. vgl. oben Erster Teil E. III. 2., 3., 4 (= S. 75 ff.)

381. vgl. LAG Baden-Württemberg BB 1975, 517, 518; Dietz-Richardi § 1o2 Rdnr. 111

sich aus der Interessenabwägung ergebenden Beschäftigungsanspruchs bestimmte weitere Voraussetzungen gegeben sind; diese weiteren Voraussetzungen tragen der Besonderheit Rechnung, daß eine Beschäftigungspflicht über die Kündigungsfrist hinaus bisher nicht - vielleicht von den Fällen einer offensichtlich unwirksamen Kündigung abgesehen³⁸² - anerkannt wurde.

3. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber war durch die Schaffung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG bestrebt, dem Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen nach Ablauf der Kündigungsfrist durch Einräumung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs den Arbeitsplatz zu erhalten; dieses Ziel kann im Grundsatz effektiv nur dadurch erreicht werden, daß der Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist die tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entgegenzunehmen verpflichtet ist; inhaltlich meint § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG mit dem Wort "weiter(zu)beschäftigen" den tatsächlichen Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt.

Wenn aber die Interessen des Arbeitgebers an einer Freistellung nach sorgfältiger Interessenabwägung das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegen, so ist dem Arbeitgeber dennoch das Recht einer bezahlten Freistellung des Arbeitnehmers einzuräumen, da

382. vgl. BAG DB 1977, 2o99 ff.; vgl. unten Zweiter Teil F.II.1.a.

der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG das Vorliegen des richterrechtlich anerkannten Beschäftigungsanspruchs nach allgemeinen Grundsätzen voraussetzt.

D. Der Rechtscharakter des Weiterbeschäftigungsverhältnisses

Zweifelhaft ist, welche Rechtsnatur das Weiterbeschäftigungsverhältnis nach Ablauf der für das Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist hat. Aus dem Gesetzeswortlaut läßt sich dies nicht eindeutig entnehmen.

Die Frage muß an sich nur für den Fall der erfolglosen Kündigungsschutzklage erörtert werden; denn wenn rechtskräftig festgestellt wird, daß die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung sozialwidrig und damit rechtsunwirksam gewesen ist (§§ 1 Abs. 2 KSchG, 134 BGB), dann steht fest, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung rechtlich nicht beendet worden ist, sondern ohne Unterbrechung fortbesteht³⁸³. Insoweit hat das Betriebsverfassungsgesetz 1972 keine Änderung der Rechtslage herbeigeführt³⁸⁴.

Nicht eindeutig erscheint hingegen die Rechtslage, wenn die Kündigungsschutzklage keinen Erfolg hat. Folgende Möglichkeiten

383. Schaub § 136 III.1.; Hueck-Nipperdey § 64 VIII.1; Fitting-Auffarth-Kaiser § 1o2 Rdnr.23

384. unzutreffend insoweit Gnade-Kehrman-Schneider (§ 1o2 Anm. 23), die davon ausgehen, der Arbeitgeber sei nach dem bis zum Inkrafttreten des BetrVG 1972 geltenden Rechtszustand beim Obsiegen des Arbeitnehmers zu seiner "Wiedereinstellung" verpflichtet gewesen; bedenklich auch Schlochauer (RdA 1973, 157 ff. (163)), die von einem "Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses" bei erfolgreicher Klage spricht

der Charakterisierung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses sind denkbar: Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses unter Hinausschieben der Kündigungsfrist, die Begründung eines faktischen Arbeitsverhältnisses, ein durch Gesetz begründetes Arbeitsverhältnis.

I. Mindermeinungen

1. Hinausschieben der Kündigungsfrist bei Weiterbestehen des bisherigen Arbeitsverhältnisses

Nach dem CDU/CSU-Entwurf sollte das Arbeitsverhältnis bis zum Abschluß des Kündigungsschutzprozesses bestehen bleiben. In Anlehnung an diese Formulierung wird nun auch für die Fassung des Gesetzes teilweise die Auffassung vertreten, das Arbeitsverhältnis ende erst bei einem für den Arbeitnehmer negativen Prozeßausgang; die Kündigungsfrist werde praktisch bis zur rechtskräftigen Entscheidung des mit der Sache befaßten Arbeitsgerichts ausgedehnt oder verlängert³⁸⁵.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zunächst einmal würde sie zu vollkommen unbestimmten und unbestimmbaren Kündigungsfristen führen und das Rechtsinstitut der Kündigung inhaltlich stark abwandeln³⁸⁶. Die Nichtübernahme des Ausdrucks "bestehen bleiben" des CDU/CSU-Entwurfs zeigt, daß der Gesetzgeber einen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Kündi-

385. so der CDU/CSU-Abgeordnete Ruf in der 1. Lesung des Gesetzes am 11.2.1971 (zit. in: "Zur Sache" S. 35); Kitzelmann BUV 1972, 209 ff. (218)

386. Schaub § 123 VIII.14. 3. Absatz; Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (163)

gungsschutzprozeß gerade nicht fingieren wollte.

Ferner spricht gegen diese Auffassung, daß der klageabweisende Urteilstenor im Zusammenhang mit den Entscheidungsgründen zum Ausdruck bringt, daß das Arbeitsverhältnis durch die rechtswirksame Kündigung mit dem Ablauf der Kündigungsfrist rechtlich beendet worden ist³⁸⁷.

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß bei einem unveränderten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer in den Genuß der verschiedensten Vergünstigungen kommen könnte; Schlochauer³⁸⁸ verweist insoweit auf einen besonderen tarif- oder einzelvertraglichen Kündigungsschutz auf Grund längerer Betriebszugehörigkeit oder andere sich aus einer langjährigen Betriebszugehörigkeit ergebende Berechtigungen - wie Entstehen von Pensionsansprüchen. Es kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, dem Arbeitnehmer während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses derartige Vorteile zuwachsen zu lassen; eine solche Ausweitung geht über die in der Begründung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zum Ausdruck kommende Zielsetzung der Sicherung des Arbeitsplatzes hinaus³⁸⁹.

2. Faktisches Arbeitsverhältnis

Soweit die Rechtsnatur des Weiterbeschäftigungsverhältnisses als faktisches Arbeitsver-

387. Lepke DB 1975, 498 ff. (499); zweifelhaft Braasch (BB 1976, 319 ff. (320) Fußn. 25), der von einer "arbeitsvertraglichen Nachwirkung" spricht, "wodurch die Kontinuität zum früher begründeten Arbeitsverhältnis klargestellt wird"

388. Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (163)

389. vgl. sogleich unter D. II.

hältnis bezeichnet wird³⁹⁰, ist diese dogmatische Erklärung nicht überzeugend. Nach herrschender Ansicht in der Literatur wird ein faktisches Arbeitsverhältnis nur dann angenommen, wenn zwar ein Vertrag vorliegt, dieser sich aber später als ungültig bzw. nichtig erweist³⁹¹. Ohne Vorliegen eines - wenn auch fehlerhaften - Vertrages gibt es kein faktisches Arbeitsverhältnis.

Mangels einer rechtlichen Bindung bedarf es zur Beendigung des faktischen Arbeitsverhältnisses keiner Kündigung im Rechtssinne. Diese Voraussetzung ist jedoch bei § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG gerade nicht erfüllt, da ein fehlerhafter Arbeitsvertrag überhaupt nicht existiert und der bisherige Arbeitsvertrag, jedenfalls bei einer ex-pest-Betrachtung, rechtswirksam durch die Kündigung beendet worden ist oder aber, wenn die Kündigung unwirksam ist, vollgültig weiterbesteht. Fehlt ein neuer Arbeitsvertrag, so kann es auch zu keinem faktischen Arbeitsverhältnis kommen³⁹².

II. Die herrschende Meinung

Richtiger Ansicht nach muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß in einem solchen Falle ein besonderes gesetzliches, durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis besteht³⁹³.

390. Meisel DB 1972, 1675 ff. (1678); ders. S. 190; Schaub (Betriebsrat) S. 249/250

391. Hueck-Nipperdey § 21 III 4; Nikisch § 19 IV; Schaub § 25 III 3; Küchenhoff RdA 1958, 121 ff.

392. vgl. Lepke DB 1975, 498 ff. (499)

393. Fitting-Auffarth-Kaiser § 102 Rdnr. 20; Lepke wie Fußn. 392; Palandt-Putze (37. Aufl.) § 611 Anm. 10; ArbG Bochum DB 1973, 1558

Soweit Weber³⁹⁴ von einem befristeten (gesetzlichen) Arbeitsverhältnis ausgeht, kann dies nicht überzeugen; denn weder ist der Eintritt des Ereignisses gewiß noch zeitlich genau bestimmt.

Dem Verlangen des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung steht der gesetzliche Zwang auf Seiten des Arbeitgebers zur Seite, das Angebot zur Arbeitsleistung anzunehmen. Von der Normal-situation unterscheidet sich dieses Beschäftigungsverhältnis also vor allem dadurch, daß es nicht durch eine Vereinbarung der Parteien, sondern kraft Gesetzes zustandegekommen ist. Wenn der Anspruch auf Weiterbeschäftigung darauf gerichtet ist, die unveränderten Arbeitsbedingungen während des Rechtsstreits aufrechtzu-erhalten, also alle wesentlichen Elemente des Arbeitsverhältnisses enthält, folglich der Arbeitnehmer grundsätzlich auch alle ihm sonst gegen den Arbeitgeber zustehenden Rechte geltend machen kann³⁹⁵, dann besteht an sich - wie einige Autoren zu Recht feststellen³⁹⁶ - kein Grund, dieses Weiterbeschäftigungsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als gesetzliches "Schuldverhältnis besonderer Art"³⁹⁷ oder schlicht als "gesetzliches Schuldverhältnis"³⁹⁸ zu bezeichnen. Allerdings dürfte es sich nicht

394. Weber BB 1974, 698 ff. (703)

395. in den Grenzen, die oben Zweiter Teil C.II. 1.d. (= S. 118 ff.) aufgezeigt worden sind; vgl. dort Fußn. 350 - 352

396. Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 51; Lepke DB 1975, 498 ff. (499)

397. Frauenkron § 102 Anm. 15; Erdmann-Jürging-Kammann § 102 Rdnr. 63; Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (164)

398. h.M.: Schaub § 123 VIII 14; Anton (Diss.) S. 37 ff. (40); ArbG Bochum DB 1973, 1558; LAG Düsseldorf DB 1974, 2112; etwas unklar Helkenberg (Diss.) S. 77, der einerseits ein durch Gesetz begründetes Arbeitsverhältnis bejaht, andererseits aber gleichzeitig die "nahtlose Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses" vertritt

um eine Differenzierung in der Sache selbst, sondern nur in der Wahl des Begriffs handeln; entscheidend ist, daß alle genannten Stimmen darauf abstellen, daß eben der Gesetzgeber hier das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses anordnet.

Dennoch zieht der Verfasser die Bezeichnung "gesetzliches Schuldverhältnis" vor, da sie zwar nicht dem Begriff nach, wohl aber der Sache nach einen Punkt besser verständlich macht: in einem "Arbeitsverhältnis" entstehen auch Ansprüche, die von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig sind. Aus dem Weiterbeschäftigungsverhältnis des § 102 Abs. 3 BetrVG lassen sich jedoch keinerlei Rechte herleiten, die von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig sind³⁹⁹. Nur diese Auslegung, nämlich daß die Zeit der Weiterbeschäftigung praktisch nicht als Beschäftigungszeit i.S. der Betriebszugehörigkeit angerechnet wird, stimmt mit der Regelung des § 4 KSchG überein, nach der eine sozial gerechtfertigte Kündigung mit dem Ende der Kündigungsfrist wirksam wird⁴⁰⁰.

399. vgl. oben Fußn. 395 mit weiteren Hinweisen; Becker-Schaffner BStSozArbR 1974, 292; Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (164); Kraft GK-BetrVG § 102 Rdnr. 51; a.A.: Helkenberg (Diss.) S. 76 ff.; der den Arbeitnehmer schützen will vor mutwilligen Kündigungen des Arbeitgebers, wenn die Erreichung eines von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängigen Anspruchs kurz bevorsteht

400. Abzulehnen ist die Auffassung Helkenbergs (Diss.) S. 79/80, daß im Falle der rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage die Fiktion des § 4 KSchG eben insofern modifiziert werden müsse, als die Zeit der vorläufigen Weiterbeschäftigung auf Ansprüche, die infolge der Dauer der Beschäftigung bestehen, voll anzurechnen sei

E. Das Verhältnis zwischen Weiterbeschäftigungs-
pflcht (§ 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG) und all-
gemeiner Beschäftigungspflicht

Sind auf diese Weise Entstehungsgeschichte, Inhalt, Umfang und Rechtscharakter des Weiterbeschäftigungsverhältnisses untersucht worden, so stellt sich nunmehr die Frage ob der Gesetzgeber mit der Regelung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG dem vom BAG anerkannten, vom Verfasser aus Gründen der notwendigen Einzelfallbetrachtung abgelehnten, allgemeinen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers eine gesetzliche Grundlage verschaffen wollte. Es fällt auf, daß Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage kaum Stellung nehmen, während gleichzeitig eine Fülle unterschiedlicher Ansichten mit dem Problem befaßt ist, ob ein Weiterbeschäftigungsanspruch analog § 1o2 Abs. 5 BetrVG oder neben dieser Vorschrift aus allgemeinen Grundsätzen besteht^{4o1}.

Die folgenden Überlegungen zeigen auf, daß die in § 1o2 Abs. 5 BetrVG gesetzlich angeordnete Weiterbeschäftigungspflicht als Ausnahmetatbestand gesehen werden muß, aus dem sich kein Indiz und keine Wertentscheidung für eine direkte gesetzliche Grundlage eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs herleiten lassen.

I. Bestätigung des allgemeinen Beschäftigungs-
anspruchs durch Schaffung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG?

Es ist oben aufgezeigt worden^{4o2}, daß die Bejahung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs mangels einer eindeutigen gesetzlichen Regelung auf Richterrecht beruht. Dietz-Richardi haben die bisherige Rechtslage, die durch dieses Richterrecht geprägt war, mir der Regelung

4o1. vgl. dazu unter Zweiter Teil F.

4o2. vgl. oben Erster Teil C und D (S. 23.ff.)

des § 102 Abs. 5 BetrVG verglichen und festgestellt, daß im Prinzip die bisherige Rechtslage unverändert bestehen bleibe, wenn man davon absehe, daß die Bestimmung des § 102 Abs. 5 BetrVG "mittelbar eine Bestätigung für den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers bringt"⁴⁰³. Diese Aussage, die zum Teil noch stärker betont wird⁴⁰⁴, soll näher untersucht werden.

1. Rückgriff auf die Materialien

Wenn man die Protokolle der drei Lesungen des Gesetzes sowie die Berichte des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung durchsieht, so muß man feststellen, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 102 Abs. 5 BetrVG offenbar nur von dem Bestreben bewegt wurde, eine faktische Verbesserung der Position des Arbeitnehmers unter bestimmten Voraussetzungen dadurch zu erreichen, daß dem Arbeitnehmer der Anspruch verliehen wurde, auch während des Laufs des Kündigungsschutzprozesses im Betrieb zu verbleiben und dort die bisherige Arbeitsleistung zu unveränderten Bedingungen zu erbringen.

An keiner Stelle wird erwähnt oder wenigstens zwischen den Zeilen zum Ausdruck gebracht, daß es - und sei es auch nur nebenbei - ein Anliegen des Gesetzgebers gewesen sein könnte, einem seit langem bestehenden Richterrecht eine gesetzliche Grundlage zu verschaffen. Diese Feststellung gewinnt auch dadurch an Gewicht,

⁴⁰³. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 111

⁴⁰⁴. LAG Düsseldorf (DB 1974, 2112) spricht von einer "Wertentscheidung des Gesetzgebers, die abweichend von der ... historischen Entwicklung des BGB nunmehr dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers eine gesetzliche Grundlage verschafft"

daß dem Gesetzgeber die Diskussion um das Bestehen einer allgemeinen Beschäftigungspflicht sowie die Bedeutung des vom BAG in diesem Bereich seit der Entscheidung vom 10.11.1955 konzipierten Richterrechts bekannt waren; es hätte an sich nahegelegen, eine positive gesetzliche Regelung im Sinne einer ausdrücklichen Bejahung der allgemeinen Beschäftigungspflicht herbeizuführen; dies aber ist nicht geschehen. Insoweit spricht kein Anhaltspunkt für die Aussage von Dietz-Richardi, daß man in § 102 Abs. 5 BetrVG eine positive Aussage, eine Bestätigung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs sehen könnte.

2. § 102 Abs. 5 BetrVG als Norm des kollektiven Arbeitsrechts

Zu einfach und im Grunde auch sachlich unrichtig wäre es, wenn man einer positiven Aussage bezüglich des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs mit dem Argument entgegenträte, die Vorschrift des § 102 Abs. 5 BetrVG sei eine Norm mit typisch kollektivrechtlichem Charakter, die denknotwendig mit Existenz und Tätigwerden des Betriebsrats (Widerspruch des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 3 BetrVG) zusammenhänge und deshalb nicht als Indiz oder Bestätigung für eine individualrechtliche Anspruchsgrundlage gewertet werden könne.

Es ist zwar richtig, daß gewichtige betriebsverfassungsrechtliche Bezugspunkte in den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG enthalten sind; gleichwohl ist, da es um ein durch Gesetz begründetes Arbeitsverhältnis und damit um die gegenseitigen Rechte und

Pflichten der Arbeitsvertragsparteien geht, ein individualrechtlicher Anspruch geregelt worden⁴⁰⁵, der lediglich - was vor allem Schlochauer verkennt⁴⁰⁶ - in das Betriebsverfassungsgesetz eingebettet worden ist⁴⁰⁷; insoweit handelt es sich nicht etwa um einen Ausnahmefall; der Gesetzgeber hat vielmehr in verschiedenen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes im Urteilsverfahren durchsetzbare Individualrechte geregelt, die nicht primär der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene zuzurechnen sind⁴⁰⁸.

3. § 615 BGB als gemeinsames Indiz

In gleicher Weise wäre es nicht sachgerecht, die Auswirkungen des § 102 Abs. 5 BetrVG nur in Bezug auf § 615 BGB zu sehen. Nach dem bisherigen Rechtszustand stand erst nach Erledigung des Prozesses fest, ob der Arbeitnehmer auch für diesen Zeitraum hätte weiterbeschäftigt werden müssen oder nicht, wovon ebenso die Frage abhing, inwieweit der Arbeitnehmer Erfüllungsansprüche über § 615 BGB mit Erfolg durchzusetzen vermochte. Diesen Rechtszustand wollte der Gesetzgeber durch § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG zugunsten des Arbeitnehmers verändern. Durch die Anwendung dieser Vorschrift vermochte also der Arbeitnehmer - selbst wenn ihn der Arbeitgeber dann

⁴⁰⁵ vgl. oben Zweiter Teil C.II.2.a. (= S. 124) mit den in Fußn. 355 genannten Nachweisen, die sich für das Urteilsverfahren aussprechen

⁴⁰⁶ Schlochauer RdA 1973, 157 ff. (163/164)

⁴⁰⁷ LAG Düsseldorf DB 1974, 2112

⁴⁰⁸ vgl. zu § 37 Abs. 3 BetrVG: BAG DB 1974, 1117, 1118 für den Anspruch eines Betriebsratsmitglieds auf Freizeitausgleich wegen Betriebsratstätigkeit, die außerhalb der Arbeitszeit durchgeführt wurde; vgl. zu § 113 Abs. 1, 3 BetrVG: BAG BB 1979, 44 für den Anspruch auf Nachteilsausgleich im Wege einer Abfindung

nicht tatsächlich beschäftigte - auf jeden Fall einen Erfüllungsanspruch aus § 615 BGB auf Fortzahlung seiner Arbeitsvergütung bis zur rechtskräftigen Abwicklung des Kündigungs-schutzprozesses zu zementieren, auch wenn die Kündigung des Arbeitgebers nicht sozialwidrig war⁴⁰⁹.

Gleichwohl können nicht die Gesichtspunkte der gleichwertigen finanziellen Absicherung des Arbeitnehmers im Vordergrund stehen, sondern die Hauptbedeutung der Regelung liegt in dem Bestreben des Gesetzgebers, dem gekündigten Arbeitnehmer den Arbeitsplatz so effektiv wie möglich - also mittels Verbleibens im Betrieb während des Prozesses - zu erhalten. Deshalb kann in der Weiterbeschäftigungspflicht durchaus eine vielleicht nicht direkte, aber doch wenigstens mittelbare Bestätigung der allgemeinen Beschäftigungspflicht gesehen werden.

An dieser Stelle soll noch etwas angesprochen werden: es kann hier dahingestellt bleiben, ob § 102 Abs. 5 BetrVG einer Analogie zugänglich oder aber als Ausnahmetatbestand eng und abschließend zu handhaben ist⁴¹⁰; auch eine Ausnahmeregelung kann einen Hinweis oder ein Indiz für eine bestimmte Auffassung oder Bestätigung einer bestimmten Rechtsprechung enthalten; es geht bei der Frage der Auswirkung oder des Verständnisses des § 102 Abs. 5 BetrVG auf die bisher nur richterrechtlich anerkannte allgemeine Beschäftigungspflicht nicht um die

409. LAG Düsseldorf DB 1974, 2112

410. dazu ausführlich unten unter E.II. und F.

Möglichkeit einer Anwendung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG auf andere Fälle, sondern um die Beantwortung der Frage, ob aus der Vorschrift ein bestimmter Rechtsgedanke oder ein bestimmter Wille des Gesetzgebers herausgelesen werden kann; dies ist jedenfalls im Grundsatz zulässig und legitim.

4. § 1o2 BetrVG als Verbesserung des Kündigungsschutzes

Auch ein weiterer Problemkreis, auf den man bei der Untersuchung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG immer wieder stößt, enthält keinen greifbaren Anhaltspunkt für eine - wenn auch nur mittelbare - Bestätigung eines Beschäftigungsanspruchs: das neue Betriebsverfassungsgesetz führte zu einer Änderung des Kündigungsschutzgesetzes⁴¹¹; der neue § 1 Abs. 2 KSchG enthält in Satz 2 Nr. 1 a und b sowie in Satz 3 besonders herausgestellte Tatbestände, die wörtlich mit den in § 1o2 Abs. 3 Nr. 2 bis 5 BetrVG genannten, den Widerspruch des Betriebsrats rechtfertigenden Tatbeständen übereinstimmen.

Das Verhältnis zwischen diesen beiden Vorschriften hat in der Literatur zu zahlreichen Diskussionen geführt⁴¹²; das BAG hat dann mit Urteil vom 13.9.1973⁴¹³ entschieden, daß das dem Betriebsrat im Falle der ordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers zustehende Widerspruchsrecht den individuellen Kündigungsschutz der Arbeitnehmer gem. § 1 KSchG

411. KSchG i.d.F. vom 15.1.1972 - BGBl. I, 13 ff. (41); vgl. § 123 Nr. 1 BetrVG

412. vgl. statt aller: Wagener BB 1972, 1373 ff.; Richardi ZfA 1972 Sonderheft 1 S. 1 ff.; Löwisch DB 1975, 349 ff.

413. BAG 13.9.1973 - 2 AZR 6o1/72 - DB 1973, 2543 ff.; a.A.: LAG Hamm DB 1973, 482; LAG Frankfurt DB 1973, 18o6 Leitsatz 4

in keinem Fall verschlechtert habe. Auch wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung nicht nach Maßgabe des § 102 Abs. 3 BetrVG widersprochen habe, so seien die in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG (= § 102 Abs. 3 Nr. 2 und 3 BetrVG) und § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG (= § 102 Abs. 3 Nr. 4 und 5 BetrVG) genannten Widerspruchsgründe zumindest insoweit bei der Interessenabwägung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu berücksichtigen, wie es sich um Tatbestände handele, die schon nach der bisherigen Rechtsprechung⁴¹⁴ der Annahme entgegenstehen konnten, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt⁴¹⁵.

Diese Überlegungen finden jedoch erst bei der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung der ausgesprochenen Kündigung statt; sie sind Aspekte des Kündigungsschutzes, wie er vom Gesetzgeber im einzelnen durch die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes ausgestaltet worden ist. Zu der Frage eines Weiterbeschäftigungsanspruchs, der unmittelbar im Anschluß an den Ablauf der Kündigungsfrist seine Bedeutung erlangt, und einer möglichen Bejahung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs läßt sich indessen keine Verbindung herstellen.

5. Wegfall eines funktionsgerechten Beschäftigungsanspruchs

Einer direkten Bejahung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs durch § 102 Abs. 5 BetrVG

414. z.B. BAG AP Nr. 18 zu § 1 KSchG; BAG AP Nr. 14, 19 zu § 1 KSchG "Betriebsbedingte Kündigung"

415. vgl. Rummel S. 115; Sahmer (WK-Reihe) § 102 Rdnr. 21

steht entgegen, daß der vom BAG mit Hinweis auf die Selbstverwirklichung des Arbeitnehmers durch Arbeitsleistung begründete Beschäftigungsanspruch wohl schwerlich zu einer Verbesserung der Position des Arbeitnehmers bei der Verteidigung seines gekündigten Arbeitsverhältnisses führen kann.

Das zeigt sich, wenn man etwa an den Fall denkt, daß der gekündigte Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses ohne Schwierigkeiten ein befristetes anderes Beschäftigungsverhältnis mit gleichwertigen Verdienst- und beruflichen Möglichkeiten begründen könnte. Das Anliegen des Beschäftigungsanspruchs erfordert dann die Weiterbeschäftigung an dem alten Arbeitsplatz offenbar nicht⁴¹⁶. Auch ohnedem bietet sich eine hinreichende Gelegenheit, die beruflichen Fähigkeiten unter angemessenen Bedingungen zu trainieren und fortzubilden. Wenn der Arbeitnehmer gleichwohl auf dem Beschäftigungsanspruch beharrt, um der faktischen Neutralisierung seines etwaigen Erfolgs im Kündigungsschutzprozeß zu begegnen, dann verfolgt er einen zwar womöglich allgemein legitimen, jedoch durch die Funktion des Beschäftigungsanspruchs nicht gedeckten Zweck⁴¹⁷.

Die "Ausnutzung formeller Möglichkeiten der Gesetze entgegen ihrem unzweideutigen Rechtsgedanken" ist aber nach herrschender

416. Reuter in Anm. zu BAG 26.5.1977 - SAE 1978, 248 ff. (249)

417. Reuter wie Fußn. 416

Ansicht ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung⁴¹⁸. Zumindest argumentiert, wer über den allgemeinen Beschäftigungsanspruch, wie ihn das BAG konstruiert hat, die Probleme des Kündigungsschutzrechts zu lösen versucht, am Kern der Sache vorbei. In keiner Phase der Entstehung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs hat die Bedeutung eines solchen Anspruchs für das Kündigungsschutzrecht eine Rolle gespielt.

II. § 102 Abs. 5 BetrVG als Ausnahmeregelung

Das Verhältnis zwischen der Beschäftigungspflicht, wie sie sich aus der Fürsorgepflicht nach umfassender Interessenabwägung ergibt, und Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG kann man am besten darstellen, wenn man einmal darauf hinweist, daß § 102 Abs. 5 BetrVG eine Regelung für eine ganz bestimmte Sachlage beinhaltet. Die Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG umschreiben eine Ausnahmesituation des gekündigten Arbeitnehmers, der ein erhebliches Interesse am tatsächlichen Verbleib im Betrieb hat; ihm soll ein effektiver Bestandsschutz bei der Verteidigung seines Arbeitsverhältnisses gewährt werden.

Der Gesetzgeber hat also einen Spezialfall geregelt mit einer Norm, die expressis verbis einen Anspruch des Arbeitnehmers beinhaltet, der bisher nur richterrechtlich anerkannt war. Gleichwohl fermag man darin keine "Wertentscheidung des Gesetzgebers" zu ersehen, die "abweichend von der historischen Entwicklung des BGB nunmehr dem Beschäftigungsanspruch

418. BGHZ 3, 103, 104; Enneccerus-Nipperdey Bd. I (2) § 239 III 5; Staudinger-Weber (11. Aufl.) § 242 Rdnr. D 48, 83 f.

des Arbeitnehmers eine gesetzliche Grundlage verschafft"⁴¹⁹.

Vielmehr handelt es sich um einen Ausnahmestatbestand, der auf ganz bestimmte Fälle zugeschnitten und einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich ist⁴²⁰. Jeder Ansatzpunkt aber bei dem Versuch, in § 102 Abs. 5 BetrVG eine gesetzliche Bestätigung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht zu sehen, kommt einer solchen erweiternden Auslegung nahe.

Dabei sind zwei Betrachtungsweisen möglich, aber deutlich voneinander zu unterscheiden:

- Wenn man, wie oben⁴²¹ dargestellt, davon ausgeht, daß ein Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG an der bisherigen Rechtslage zur allgemeinen Beschäftigungspflicht, wie sie vom BAG entwickelt wurde, nichts ändert und damit auf deren Voraussetzungen mit weiteren Anforderungen, die in Satz 1 der Vorschrift aufgezählt sind, aufbauen will, so muß man mit Dietz-Richardi⁴²² anerkennen, daß wenigstens mittelbar in einer gesetzlichen Vorschrift ein "allgemeiner" Beschäftigungsanspruch einmal angesprochen und in seiner richterrechtlichen Existenz auch vom Gesetzgeber gesehen und bestätigt wird.

- Gleichwohl darf, und das ist der zweite Gesichtspunkt, nicht in den Fehler verfallen werden, diese mittelbare Bestätigung könne umgemünzt werden in eine direkte Anspruchsgrundlage für einen allgemeinen Anspruch,

419. LAG Düsseldorf DB 1974, 2112; vgl. auch Stahlhacke B1StSozArbR 1972, 51 ff.

420. vgl. LAG Berlin DB 1974, 1629 Leitsatz 4 a.E.; LAG Düsseldorf DB 1976, 587; vgl. unten Zweiter Teil F. I.

421. vgl. oben Zweiter Teil C. II. (S. 113 ff.)

422. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 111

sei es vor oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. vor oder nach Ablauf der Kündigungsfrist. Denn für eine solche Betrachtungsweise, wie sie zunehmend in der Rechtsprechung auftritt⁴²³, gibt es keine Grundlage.

Für den Zeitraum vor Ablauf der Kündigungsfrist kann § 1o2 Abs. 5 BetrVG nicht herangezogen werden, da diese Vorschrift gerade auf die Zeit nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses abstellt.

Der gesetzlichen Regelung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG kann der deutliche Hinweis entnommen werden, daß ein Beschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses nur unter sehr engen Voraussetzungen anzuerkennen ist. Hierdurch sind den Gerichten Grenzen gesetzt. Die gesetzgeberische Grundentscheidung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG stellt eine sachgerechte Lösung des Regelungskomplexes dar. Die Gerichte sind nicht befugt, sich über diese Wertung des Gesetzgebers hinwegzusetzen und einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch während der Dauer des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine arbeitgeberseitige Kündigung anzuerkennen⁴²⁴. Es gibt deshalb auch keinen "Erst-recht-Schluß" aus § 1o2 Abs. 5 Satz 1 BetrVG dahingehend, daß die Anerkennung einer echten Weiterbeschäftigung in der unsicheren und vorläufigen Position nach der Kündigung und während des Kündigungsschutzprozesses erst recht zu einer gesetzlichen

423. LAG Kiel DB 1976, 826; LAG Hamburg DB 1974, 24o8; ArbG Wilhelmshaven DB 1978, 3o6; ArbG Hamburg DB 1976, 248o ff.; ArbG Kiel DB 1976, 251; ArbG Frankfurt 29.6.1978 - 14 Ca 58/78; vgl. Fußn. 447, 448

424. BAG DB 1977, 2o99; Reuter in Anm. zu BAG 26.5.1977 in SAE 1978, 248 ff. (248/249)

Anerkennung des Beschäftigungsanspruchs im ungekündigten Arbeitsverhältnis führt⁴²⁵.

Dieser Charakter des § 102 Abs. 5 BetrVG als Ausnahmetatbestand hat zur Folge, daß die bisherigen richterrechtlichen Grundsätze zur allgemeinen Beschäftigungspflicht unberührt bleiben. Denn auch die Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG muß bei überwiegenden betrieblichen Interessen entfallen, und daß unter "Beschäftigung" bei § 102 Abs. 5 BetrVG die tatsächliche Leistungserbringung zu verstehen ist, war nach der Rechtsprechung und überwiegenden Literatur zum allgemeinen Beschäftigungsanspruch schon lange anerkannt. Soweit ein Arbeitnehmer schon vor Erklärung der Kündigung auf Grund seines Arbeitsverhältnisses nicht verlangen konnte, tatsächlich beschäftigt zu werden, unterliegt die Beschäftigungspflicht auch für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses derselben Einschränkung⁴²⁶.

Die Bestimmung des § 102 Abs. 5 BetrVG fügt sich somit ein in die Reihe der Spezialvorschriften, wie z.B. §§ 4, 11 Abs. 2 SchwBG, 6, 7 BBiG, die für einen genau umschriebenen Anwendungsbereich Art und Ausmaß der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers festlegen.

⁴²⁵. so aber Nideralt (Diss.) S. 230

⁴²⁶. Dietz-Richardi § 102 Rdnr. 111; Hanau BB 1972, 451 ff. (455); Mager-Wisskirchen Erl. zu § 102

F. Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist außerhalb der Vorschrift des § 1o2 Abs. 5 BetrVG

Das oben gewonnene Ergebnis ist eindeutig: § 1o2 Abs. 5 BetrVG ist eine Spezialvorschrift, die dem Arbeitnehmer in einer besonderen Situation zu einem effektiven Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses verhelfen will.

Es sind viele Versuche unternommen worden, die Vorschrift entweder ausdehnend auszulegen oder wenigstens dem Rechtsgedanken nach so anzuwenden, daß sie allen Arbeitnehmern in gleicher Weise zugute kommen soll. Ebenso mehren sich die Stimmen, die generell nach Ablauf der Kündigungsfrist einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch bejahen⁴²⁷.

I. Ausdehnende Anwendung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG

Eine kritische Betrachtung des § 1o2 Abs. 5 BetrVG führt zweifellos zu der Frage, warum ein so wichtiger Anspruch z.B. von der Existenz und von dem - aus welchen Gründen auch immer - Tätigwerden des Betriebsrats abhängen soll; in einem betriebsratsfähigen Betrieb, der keinen Betriebsrat hat, greift diese Vorschrift beispielsweise nicht⁴²⁸. Warum soll der Arbeitnehmer, der - und sei es auch nur um wenige Tage - den Kündigungsschutz noch nicht erreicht hat, bezüglich eines Weiterbeschäftigungsanspruchs schlechter stehen als der Arbeitskollege, der vielleicht nur geringfügig länger dem Betrieb angehört? Es liegt nahe, § 1o2 Abs.5

427. vgl. Fußn. 423 sowie Notter DB 1976, 772 ff.; Kempff DB 1976, 2111 ff.

428. Im Bereich der Metallindustrie sind in solchen betriebsratsfähigen, aber betriebsratslosen Betrieben ca. 330.000 von ca. 4 Mio. Arbeitnehmern beschäftigt (vgl. Löwisch DB 1978 Beil. Nr. 7 mit Hinweis auf die IG-Metall-Broschüre "Ergebnisse der Betriebsratswahlen 1975")

1.V.m. Abs. 3 BetrVG als eine in ihrem materiellen Gehalt in Wahrheit kündigungsschutzrechtliche Bestimmung aufzufassen, die trotz ihrer Verankerung im Betriebsverfassungsgesetz allen Arbeitnehmern in gleicher Weise zugute kommen muß⁴²⁹.

1. Erweiternde Auslegung

a. Entbehrlichkeit des Widerspruchs des Betriebsrats ?

Wenn das Gesetz den Weiterbeschäftigungsanspruch an den Widerspruch des Betriebsrats knüpft, so beruht dies auf dem Gedanken, daß das positive Eintreten des in den Fragen des § 102 Abs. 3 BetrVG sachkundigen Betriebsrats für den Arbeitnehmer in gewisser Weise eine Richtigkeitsgewähr darstellt⁴³⁰. Der Gesetzgeber will also den Anspruch nur bei einem positiven Eintreten des Betriebsrats für den gekündigten Arbeitnehmer geben. Das hier zum Ausdruck kommende Vertrauen auf das Votum des Betriebsrats, das im Bereich der personellen Maßnahmen im neuen Betriebsverfassungsgesetz sowieso recht stark betont wird, ist sicherlich nicht als sachfremd zu bezeichnen.

Der Betriebsrat kennt gerade im Hauptanwendungsbereich der Vorschrift, nämlich bei betriebsbedingten Kündigungen, die Verhältnisse im Betrieb am besten; seine Entscheidung unbeachtet zu lassen hieße sich über den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers willkürlich hinwegsetzen.

429. Löwisch (wie Fußn. 428) hat diesen Gedanken aufgezeigt, aber abgelehnt

430. Löwisch DB 1975, 349 ff. (353); ArbG Wuppertal DB 1978, 113; Boever DB 1978, 251 ff. (254)

Es ist versucht worden, den Weiterbeschäftigungsanspruch zu bejahen, wenn der gekündigte Arbeitnehmer glaubhaft macht, daß der Betriebsrat - wenn er bestehen würde - widersprochen hätte oder daß er - wenn er besteht - pflichtwidrig einen Widerspruch unterlassen hätte⁴³¹.

Wie dies glaubhaft gemacht werden kann, ist nicht ersichtlich. Vor allem wird das Gericht vor seiner Entscheidung über die Weiterbeschäftigung zunächst einmal in die Rolle des Betriebsrats gedrängt; dies aber muß fehlgehen, weil - wie Löwisch⁴³² zu Recht aufzeigt - das Gericht nicht auf der Ebene des Betriebs liegende Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen kann; eine solche Kompetenz muß man dem Gericht absprechen; denn es ist nicht so, daß der Betriebsrat verpflichtet ist, immer dann Widerspruch zu erheben, wenn ein Widerspruchsgrund gegeben ist. Vielmehr liegt es in seinem pflichtgemäßen Ermessen, aus Rücksicht auf Belegschaftsinteressen auf die Einlegung des Widerspruchs zu verzichten und die Geltendmachung der in § 102 Abs. 3 BetrVG aufgeführten Widerspruchsründe dem Arbeitnehmer für den Kündigungsschutzprozeß zu überlassen⁴³³.

Das Tätigwerden des Betriebsrats muß also als unverzichtbare Voraussetzung für eine

431. Braasch BB 1976, 319 ff. (322); in diese Richtung geht auch Otto (FfA 1975, 68 ff. (70)), der "eher geringe Anforderungen an das Tätigwerden des Betriebsrats stellen will und betont, daß die Berufung des Arbeitgebers auf den fehlenden Widerspruch des Betriebsrats rechtsmißbräuchlich sein kann"

432. Löwisch DB 1978 Beilage Nr. 7 S. 3

433. dort kann sie der Arbeitnehmer ohne Einschränkung geltend machen; BAG DB 1973, 2534 ff. (vgl. oben Zweiter Teil E. I. 4. = S. 148 f.)

Anwendung des § 102 Abs. 5 BetrVG angesehen werden⁴³⁴.

b. Erweiterung der Widerspruchsgründe

Der Anwendungsbereich des § 102 Abs. 5 BetrVG ließe sich erheblich erweitern, wenn man die in § 102 Abs. 3 BetrVG aufgeführten Widerspruchsgründe so ausdehnen würde, daß der Betriebsrat jeder Kündigung, soweit sie dem Kündigungsschutzgesetz unterfällt, mit der Begründung widersprechen könnte, es fehle an der sozialen Rechtfertigung der Kündigung.

Diese Möglichkeit muß indessen ausscheiden. Zum einen beinhaltet eine enumerative Aufzählung bestimmter Fälle in einem Gesetz stets die Vermutung für eine abschließende Regelung, die einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich ist⁴³⁵. Der Gesetzgeber kannte die Problematik; im Gegensatz zu § 30 Abs. 2 bis 4 des CDU/CSU-Entwurfs, nach dem der Betriebsrat den Widerspruch allgemein mit der fehlenden sozialen Rechtfertigung der Kündigung hätte begründen können⁴³⁶, entschied sich der Gesetzgeber für einen eng gefaßten Katalog der Widerspruchsgründe, die dem Betriebsrat zur Verfügung stehen⁴³⁷.

434. vgl. Löwisch DB 1978 Beilage Nr. 7 S. 3 ff.; so auch Sahmer (WK-Reihe) § 102 Anm. 16 Abs. 7

435. vgl. LAG Berlin DB 1974, 1629 Leitsatz 2

436. BT-Drucks. VI/1806 S. 9

437. Becker-Rommelspacher ZRP 1976, 40 ff. (42) weisen zu Recht darauf hin, daß eine Erweiterung der Widerspruchsgründe grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt sei, weil starke Konflikte zwischen Betriebsrat und denjenigen Arbeitnehmern entstünden, gegen deren Kündigung der Betriebsrat keinen Widerspruch eingelegt hat. Diesen Arbeitnehmern müßte dann wohl die Möglichkeit eingeräumt werden, die Einlegung eines Widerspruchs zu erzwingen oder Amtshaftungsansprüche gegen den Betriebsrat geltend zu machen

Zum anderen gibt es sicherlich sachliche Gründe für eine enge Fassung des Katalogs. So kann es gerade die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, die dringenden betrieblichen Gründe nicht in die Erörterungen und Auseinandersetzungen zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung miteinzubeziehen und zum Gegenstand widerstreitender Behauptungen zu machen, sondern ausschließlich der Erörterung im Kündigungsschutzprozeß vorzubehalten⁴³⁸. Deshalb erscheint es ausgeschlossen, sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen⁴³⁹.

2. Analoge Anwendung

Der Charakter des § 102 Abs. 5 BetrVG als Spezialregelung steht schon aus rechtssystematischen Gründen einer Analogie entgegen. Analogien sind dann ausgeschlossen, wenn ein in einer Rechtsvorschrift enthaltener Rechtsgedanke erkennbar nur in eng begrenzten Fällen zur Anwendung kommen soll.

Der gesetzlichen Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG kann der deutliche Hinweis entnommen werden, daß ein Beschäftigungsanspruch während des Kündigungsrechtsstreits nur unter sehr engen Voraussetzungen anzuerkennen ist. Insbesondere ist wesentlich, daß hier das Kollektivinteresse und das für den Arbeitnehmer positive Eintreten des Betriebsrats im Vordergrund stehen⁴⁴⁰.

438. ArbG Wuppertal DB 1978, 113

439. so auch Körnig/Reinecke in Anm. zu BAG 26.5. 1977 in AuR 1978, 155 ff. (159)

440. Körnig/Reinecke (wie Fußn. 439) sprechen davon, daß das Gesetz dem Betriebsrat eine "zentrale Funktion" zuweist, die nicht mit Analogieversuchen umgangen werden dürfe

Hierdurch sind den Gerichten Grenzen gesetzt. Die gesetzgeberische Grundentscheidung zur Schaffung des § 102 Abs. 5 BetrVG stellt eine sachgerechte Lösung des Regelungskomplexes dar. Wollte man sich im Wege der Analogie über die Grenzen hinwegsetzen, die den Gerichten bei der Rechtsanwendung gesetzt sind, so bestünde die praktische Folge einer derartigen Rechtsfortbildung in einer völligen Umgestaltung der arbeitsgerichtlichen Aufgaben und Befugnisse im Kündigungsrechtsstreit⁴⁴¹.

An die Stelle einer nachträglichen Überprüfung der Wirksamkeit einer Kündigung in Gestalt eines Feststellungsurteils (§ 4 KSchG) würde eine präventive Kontrolle in Gestalt eines die Weiterbeschäftigung anordnenden Leistungsurteils treten. Ein solches Vorgehen kann nicht mehr unter den Zweck einer Analogie fallen⁴⁴².

II. Weiterbeschäftigungsanspruch neben § 102 Abs. 5 BetrVG

1. Überblick

Es mangelt in Literatur und Rechtsprechung nicht an Stimmen, die auch nach Ablauf der Kündigungsfrist einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch unabhängig von der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG bejahen. Die Vorschrift wird insoweit nur als "Erleichterung und Vereinfachung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs" angesehen.

441. BAG DB 1977, 2099 ff.

442. vgl. LAG Hamburg NJW 1979, 128 unter Punkt 3. der Gründe mit Hinweis auf BAG DB 1977, 2099 ff.

a. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die ablehnende Haltung des BAG zu dieser Frage ist bereits mehrfach erwähnt worden. Das BAG hat bisher immer das Bestehen eines unangefochtenen Arbeitsverhältnisses als Grundlage der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers angesehen⁴⁴³; nachdem der Charakter des § 102 Abs. 5 BetrVG als Ausnahmeregelung feststand und damit eine Analogie der Vorschrift nicht in Frage kam, lehnte das BAG einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist als mit dem geltenden Recht unvereinbar ab. Der individuelle Kündigungsschutz, wie er vor allem im KSchG geregelt sei, kenne nur eine nachträgliche Überprüfung der Rechtswirksamkeit einer Kündigung durch die Gerichte für Arbeitssachen. Die finanzielle Absicherung des gekündigten Arbeitnehmers während des Prozesses erfolge in erster Linie durch die Arbeitslosenversicherung.

Eine Ausnahme ließ das BAG für solche Fälle gelten, in denen das Arbeitsverhältnis trotz erfolgter Kündigung nach der objektiven Rechtslage unzweifelhaft fortbesteht; hier sei es in Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung gerechtfertigt, einen Beschäftigungsanspruch auch während des Kündigungsrechtsstreits anzuerkennen. Die Fälle der offensichtlich

443. BAG wie Fußn. 441 unter 3. der Gründe; vgl. auch LAG Baden-Württemberg BB 1975, 517/518

unwirksamen Kündigung können nicht anders behandelt werden als diejenigen, in denen der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht zweifelhaft ist und darüber gestritten wird, ob der Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen ist⁴⁴⁴. Als mögliche Fallgruppe für solche Ausnahmen sah das BAG z.B. die fehlende Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 BetrVG an; auch die fehlende Zustimmung des Betriebsrats gem. § 103 BetrVG, Verstöße gegen § 9 MuSchG oder § 12 SchwBG⁴⁴⁵ sowie Fälle der offenbar rechtsmißbräuchlichen oder willkürlichen Kündigung könnten hier in Betracht kommen⁴⁴⁶.

b. Die Auffassung der Gegenmeinung

Diese Entscheidung des BAG hat in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung eine ungewöhnlich starke Resonanz gefunden⁴⁴⁷. Die fast einhellige Ablehnung gipfelt in dem Vorwurf, das BAG habe mit seinem grundsätzlichen Votum gegen einen Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsrechtsstreits den allgemeinen Beschäftigungsanspruch ausgerechnet in einer Situation beschränkt, in der das

444. so auch LAG Frankfurt AuR 1978, 315; ArbG Aachen BB 1978, 1415

445. ein solcher Fall wurde inzwischen vom ArbG Wilhelmshaven entschieden: ARSt. 1978, 88; allerdings wird die Kündigung z.B. eines Schwerbehinderten, der noch nicht als solcher anerkannt ist, nur selten offensichtlich rechtsunwirksam sein, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers nicht kennt (vgl. Kraft Anm. zu BAG 20.10.1977 in SAE 1979, 24 ff. (27))

446. vgl. Stege-Weinspach § 102 Ziff. 4.3827 (= S. 489) m.w.N.; vgl. ArbG Köln BB 1979, 680 für die Versäumung der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB

447. Löwisch DB 1978 Beil. Nr. 7; Körnig/Reinecke AuR 1978, 158 ff. in Anm. zu BAG 26.5.1977; dies. AuR 1978, 193 ff. und 233 ff.; Reuter SAE 1978, 248 ff.; Buchner AR-Blattei D "Beschäftigungspflicht" Anm. zu Entscheidung Nr. 6; vgl. Nachweise Fußn. 448

Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers wegen der Bedeutung eines Verbleibens am Arbeitsplatz für die faktische Möglichkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach positivem Ausgang des Prozesses besonders ausgeprägt sei⁴⁴⁸

Als Gegenargument wird weiter angeführt, daß die gleichzeitige Geltendmachung von Leistungsansprüchen im Rahmen der Kündigungs-schutzklage in der Lehre absolut anerkannt sei⁴⁴⁹ und das Arbeitsgericht nicht nur über die Wirksamkeit der Kündigung (Feststellungsantrag), sondern auch über die Weiterbeschäftigung (Leistungsantrag) entscheiden müsse. Es stelle eine Kuriosität, wenn nicht gar eine Zumutung dar, wenn ein Arbeitsgericht, das in einer die Instanz beendenden Entscheidung die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung und damit das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses festgestellt hat, nunmehr in Anlehnung an die BAG-Rechtsprechung Erwägungen darüber anstellen

-
448. LAG Hamburg DB 1974, 2408; DB 1977, 500; NJW 1979, 127; LAG Kiel DB 1976, 826; LAG Frankfurt NJW 1977, 269; LAG Niedersachsen 27.5.1977 - 7 Ta 7/77; LAG Düsseldorf DB 1976, 587; ArbG Hamburg DB 1976, 2480 ff.; ArbG Kiel DB 1976, 250; ArbG Hildesheim BB 1976, 317; ArbG Wilhelmshaven DB 1978, 306; ArbG Berlin DB 1976, 2164; ArbG Hamburg 24.11.1977 - 5 Ca 322/77; ArbG Oldenburg 12.5.1977 - 3 Ga 17/77; ArbG Frankfurt 29.6.1978 - 14 Ca 58/78; Marcus RdA 1975, 340 ff.; Schmitt AR-Blattei D "Kündigungsschutz III" Abschnitt G I; Grunsky NJW 1979, 86 ff.; zurückhaltend LAG Mainz BB 1978, 1414; ArbG Aachen BB 1978, 1415; Reuter (SAE 1978, 248 ff.) hat diese Kritik in sachlicher Weise in wesentlichen Punkten widerlegt (vgl. z.B. oben S. 149/150 mit Fußn. 416)
449. BAG AP Nr. 3 zu § 5 KSchG; Hueck § 4 Rdnr. 5 bis 7; Herschel-Steinmann § 3 Anm. 1; Molitor S. 234

müsse, ob seine Entscheidung "offensichtlich begründet" sei (denn in diesem Fall wäre auch die Kündigung als "offensichtlich unbegründet" anzusehen) und nur im letzteren Falle dem Weiterbeschäftigungsanspruch stattgeben dürfe⁴⁵⁰.

Auch würde die zitierte BAG-Entscheidung zu einer dem Sinn und Zweck des KSchG zuwiderlaufenden Entwicklung führen. Mit dem KSchG sollte - im Unterschied zu seinen Vorläufern, den §§ 86 ff. BRG 1920 und den §§ 56 ff. AOG - dem Bestand des Arbeitsverhältnisses der Vorrang vor seiner Auflösung gegen eine Abfindung eingeräumt werden⁴⁵¹; die gegenwärtige Praxis laufe dieser Absicht des Gesetzgebers zuwider.

Ferner wird darauf verwiesen, daß die Ermächtigung für die Weiterbeschäftigung mit der Verkündung eines obsiegenden Urteils des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozeß sich auch aus § 62 Abs. 1 ArbGG ergebe. Da der Beschäftigungsanspruch genauso zu behandeln sei wie jeder andere Leistungsanspruch auch, müsse gerade aus § 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG der Schluß gezogen werden, daß einem Begehren auf Weiterbeschäftigung im Urteil stattgegeben werden müsse⁴⁵².

c. Aussicht auf eine grundsätzliche Klärung durch das BAG

Der hier angesprochene Problembereich ist in ständiger Bewegung; mit sehr beachtlichen Argumenten werden Lösungsversuche vorgelegt,

450. ArbG Frankfurt 29.6.1978 - 14 Ca 58/78

451. vgl. ArbG Wilhelmshaven DB 1978, 306 f.; Begründung des Regierungsentwurfs zu § 7 KSchG (BT-Drucks. I/2090), abgedruckt in RdA 1951, 58 ff.

452. LAG Hamburg NJW 1979, 127, 128; Löwisch DB 1978 Beil. Nr. 7 S. 8

die zum Teil unter Heranziehung prozeßrechtlicher Vorschriften eine Bejahung des Weiterbeschäftigungsanspruchs außerhalb der Vorschrift des § 102 Abs. 5 BetrVG ergeben.

Wenn der Arbeitnehmer im Prozeß wahrscheinlich obsiegen wird bzw. sein Interesse an der Weiterbeschäftigung als erheblich anzusehen sei, könne der Arbeitnehmer im Wege der einstweiligen Verfügung die Weiterbeschäftigung verlangen⁴⁵³; zum anderen könne die Weiterbeschäftigung nach erfolgreichem Abschluß einer Instanz geltend gemacht werden; dies folge unmittelbar aus § 62 ArbGG⁴⁵⁴.

Das BAG hat das letzte Wort in dieser Angelegenheit noch nicht gesprochen. Der 2. Senat des BAG hat mit Beschluß vom 18.1.1979 - 2 AZR 662/76 - die Frage eines Weiterbeschäftigungsanspruchs des gekündigten Arbeitnehmers während des Prozesses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus dem Großen Senat des BAG zur Entscheidung vorgelegt⁴⁵⁵.

2. Überlegungen zur Frage des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs

Grunsky⁴⁵⁶ hat jüngst die Meinung geäußert, auf die Frage nach einer Begründung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs aus

453. so zuletzt Grunsky NJW 1979, 86 ff. und ArbG Dortmund BB 1979, 272; vgl. ArbG Aachen AuR 1979, 27

454. Löwisch DB 1978 Beil. Nr. 7; Löwisch untersucht dort sehr eingehend auch die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs des Arbeitgebers gem. § 717 Abs. 2 ZPO; zurückhaltend Dudzus/Frohner BB 1979, 482 f.

455. vgl. Pressebericht im "Handelsblatt" vom 23.1.1979, in "Blick durch die Wirtschaft" vom 29.1.1979; RS der BDA vom 19.1.1979; DB 1979, 312/313; RdA 1979, 64; RdA 1979, 132 ff.; DB 1979, 747 ff.; BB 1979, 524 ff.

456. Grunsky NJW 1979, 86 ff. (89)

materiellem Recht könne eine dogmatisch zwingende Antwort nicht gegeben werden. Dennoch wird sich das Arbeitsrecht in diesem Bereich weiterentwickeln; es wäre wünschenswert, wenn der Große Senat des BAG eine ähnlich zurückhaltende Entscheidung träfe wie der 2. Senat im Urteil vom 26.5.1977 und den Weiterbeschäftigungsanspruch nur in Fällen einer offensichtlich unwirksamen Kündigung zuließe.

Der Verfasser will dazu nur einige Überlegungen aufzeigen.

a. Entwertung des § 102 Abs. 5 BetrVG

Es kann davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 102 Abs. 5 BetrVG die in der Arbeitsrechtslehre geführte Diskussion über die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers kannte. § 102 Abs. 5 BetrVG war geschaffen worden als Schutz des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist; die Vorschrift wurde deshalb einhellig als entscheidende Neuerung kommentiert⁴⁵⁷.

Wenn man nunmehr einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch bejahen wollte, dann hätte es der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG nicht bedurft. Die Vorschrift, die im wesentlichen bei der betriebsbedingten Kündigung unter ganz bestimmten Voraussetzungen zur Anwendung kommen sollte, würde völlig unterlaufen von einem im Wege der Rechtsfortbildung geschaffenen Weiterbeschäftigungsanspruch, der für verhaltens-, personen- und betriebsbedingte Kündigungen Geltung hätte. Sie wäre überflüssig, wenn

⁴⁵⁷. vgl. oben Fußn. 242 bis 246

grundsätzlich ein Weiterbeschäftigungsanspruch gegeben wäre⁴⁵⁸. Dies aber ginge über die Grenzen hinaus, die den Gerichten bei der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung gesetzt sind.

Richterrechtliche Regelbildung ist unter dem Blickwinkel des Art. 20 Abs. 3 GG nur statthaft, soweit nicht durch eine vorhandene, der Gesamtrechtsordnung zu entnehmende rechtliche Regelung eine autonome richterliche Bewertung eines Problems abgeschnitten ist⁴⁵⁹. Die verfassungsrechtliche Bindung an die Gewaltenteilung prägt auch die konkrete Gestaltung des Richterrechts. Der Richter kann nicht das weite Gestaltungsermessen des politisch legitimierten Gesetzgebers für sich in Anspruch nehmen, sondern er ist an die Fernwirkungen der gesetzlichen Wertungen gebunden und muß "die innere Einheit und Folgerichtigkeit der Rechtsordnung optimal gewährleisten"⁴⁶⁰. Systemfremde oder systemwidrige Normen darf der Richter nicht schaffen⁴⁶¹.

Die praktische Folge einer derartigen Rechtsfortbildung bestünde in einer völligen Umgestaltung der arbeitsgerichtlichen Aufgaben und Befugnisse im Kündigungsrechtsstreit. An die Stelle einer nachträglichen Überprüfung der Wirksamkeit einer Kündigung in Gestalt eines Feststellungsurteils würde eine präventive Kontrolle in Gestalt eines die Weiterbeschäftigung

458. LAG Bremen 14.12.1978 - DB 1979, 459

459. Sacker S. 122 f. (123)

460. Canaris in Gedächtnisschrift für Rolf Dietz S. 202 f. (203)

461. Körnig/Reinecke AuR 1978, 233 ff. (234);
Fikentscher S. 313 ff. (355)

aussprechenden Leistungsurteils treten⁴⁶².

b. Erschwerung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers

Eine allgemeine Weiterbeschäftigungspflicht während des Kündigungsrechtsstreits beeinflusst unzweifelhaft die Qualität der Rechtsposition des Arbeitgebers nachteilig; ihm werden das Recht zur Kündigung und damit der angestrebte Austausch des seiner Ansicht nach ungeeigneten Arbeitnehmers oder der beabsichtigte Wegfall des seiner Ansicht nach überflüssigen Arbeitsplatzes unabhängig von der materiellen Rechtslage nur langfristig ermöglicht. Das entwertet das Kündigungsrecht als Mittel, die Belegschaft in ihrer Stärke und Qualität an wechselnde Anforderungen anzupassen⁴⁶³.

Und wenn die Kündigung rechtlich nicht zu beanstanden und damit wirksam ist, stellt die Weiterbeschäftigung einen schweren Eingriff in den Betrieb und bei Massenentlassungen eine schwere wirtschaftliche Belastung des Unternehmens dar. Die Entlassung etwa wegen fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten, Auftragsmangels, Wegfalls von Arbeitsplätzen etc. würde bei längerer Prozeßdauer weitgehend um ihre Wirkung gebracht. Die betriebsbedingte Kündigung wäre

462. Nach dem Entwurf des DGB für ein neues Arbeitsverhältnisrecht (vgl. RdA 1978, 245 ff. (247)) soll sogar im Falle des Widerspruchs des Betriebsrats eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine Arbeitgeberkündigung nicht herbeigeführt werden können. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen den Willen des Betroffenen Arbeitnehmers soll dann nur durch ein gestaltendes Gerichtsurteil zulässig sein (sog. "Auflösungsklage" des Arbeitgebers). Bis zur rechtskräftigen Entscheidung soll das Arbeitsverhältnis unverändert fortbestehen.

463. vgl. Reuter SAE 1978, 248 ff. (248) in Anm. zu BAG 26.5.1977

damit zu einem beträchtlichen Teil beseitigt⁴⁶⁴. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, wenn dem Arbeitnehmer in jedem Fall die Möglichkeit gegeben würde, auf dem einfachen Weg der Erhebung einer Kündigungsschutzklage die Beschäftigung zu verlängern, möglicherweise um sehr erhebliche Zeit⁴⁶⁵.

Letztlich scheint auch die Vertragsfreiheit berührt zu sein. Das Kündigungsrecht soll es den Vertragsparteien ermöglichen, das Vertragsverhältnis aufzukündigen, und zwar bei der ordentlichen Kündigung nach Ablauf einer zeitlich exakt zu berechnenden Frist, bei der fristlosen Kündigung unmittelbar nach deren Zugang. Wenn dieses Beendigungsdatum mit einem durch die Weiterbeschäftigungspflicht angeordneten Beschäftigungszwang auf möglicherweise lange Zeit - je nach Dauer des Prozesses - hinausgeschoben wird, so mutet dies bedenklich an. Der Arbeitgeber wird zudem bei jeder Neueinstellung noch zurückhaltender verfahren und bei der Abwicklung des Vertragsverhältnisses eine einverständliche Beendigung, vielleicht mit gewissen Abfindungsangeboten, zu erreichen suchen. Beides wäre gewiß unerfreulich⁴⁶⁶

464. Zöllner (Gutachten) S. 138

465. LAG Bremen DB 1979, 459

466. Der 52. Deutsche Juristentag 1978 in Wiesbaden, der sich als Träger rechtspolitischen Fortschritts versteht, hat mit großer Mehrheit jegliche Änderung bezüglich der Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgelehnt (vgl. zur Kritik: Först AuR 1978, 369 f.)

G. Zusammenfassung

Die Vorschrift des § 102 Abs. 5 BetrVG hat das Ziel, dem Arbeitnehmer unter ganz bestimmten Voraussetzungen nach Ablauf der Kündigungsfrist den Arbeitsplatz zu erhalten; inhaltlich umfaßt die "Weiterbeschäftigung" den tatsächlichen Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt.

Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 102 Abs. 5 BetrVG setzt das Vorliegen des Beschäftigungsanspruchs voraus, wie er sich auf der Grundlage der Fürsorgepflicht nach umfassender Interessenabwägung für den Arbeitnehmer im ungekündigten Arbeitsverhältnis ergeben kann. Deshalb steht dem Arbeitgeber das Recht einer bezahlten Freistellung des Arbeitnehmers auch nach Ablauf der Kündigungsfrist trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG dann zu, wenn seine Interessen an der Freistellung die Interessen des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung überwiegen.

Das Weiterbeschäftigungsverhältnis nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG ist ein gesetzliches Schuldverhältnis. Die Vorschrift ist als Ausnahmetatbestand einer erweiternden Auslegung oder einer Analogie nicht zugänglich. Einem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch nach Ablauf der Kündigungsfrist außerhalb der Vorschrift des § 102 Abs. 5 BetrVG stehen schwerwiegende Bedenken entgegen.

Helmut Rau

8. 9.1950 geboren in Weilburg/Lahn
Eltern: Dipl. Volkswirt Werner Rau
und Else Rau, geb. Schmitt
- 1957 - 1961 Besuch der Volksschule in Leun
und Braunfels/Lahn
- 1961 - 1969 Besuch des Goethe-Gymnasiums für
Jungen in Wetzlar/Lahn
6. 6.1969 Abitur in Wetzlar/Lahn
1. 7.1969 - 31.12.1970 Grundwehrdienst bei der
Bundeswehr
1. 4.1971 Beginn des Studiums der Rechtswissen-
schaften an der Johannes Gutenberg-
Universität Mainz
9. 7.1975 Erste Juristische Staatsprüfung
- 1.11.1975 Beginn des Juristischen Vorbereitungs-
dienstes in Rheinland-Pfalz
17. 2.1978 Zweite Juristische Staatsprüfung
1. 3.1978 Eintritt in einen Arbeitgeberverband
in Wiesbaden als juristischer Referent

